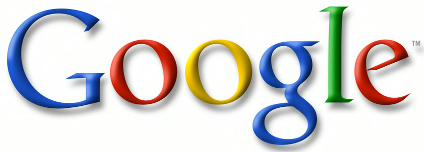
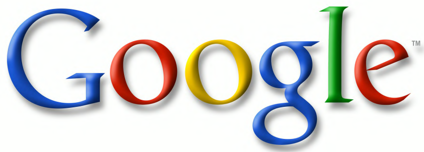
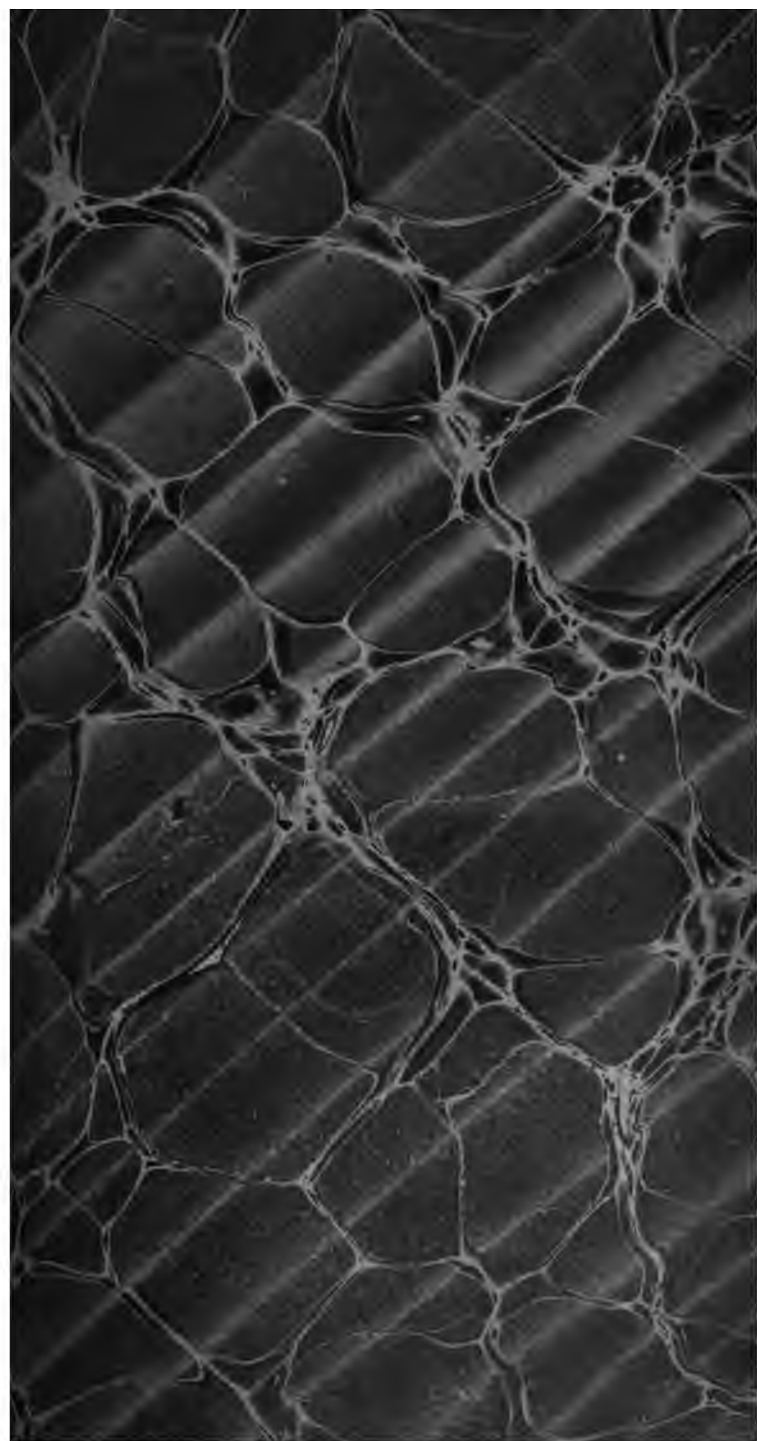

Google







France.
510

TOULLIER.

DROIT CIVIL

FRANÇAIS.

TOME VINGTIÈME.

CONTINUATION.

TOME CINQUIÈME.

TOULLIER.

DROIT CIVIL

FRANÇAIS.

TOME VINGTIÈME.

CONTINUATION.

TOME CINQUIÈME.

LE

DROIT CIVIL FRANÇAIS,

(Art. 1 à 1581.)

Par M. TOULLIER, *cinquième édition*, 15 vol. in-8°. Prix 134 fr.

On peut acheter séparément :

Tome IX à XIV, chacun. . . . . 10 fr.

Tome XV, Table générale alphabétique et analytique des matières. . . . 6 fr.

Cette Table peut également servir pour les cinq éditions du Traité de M. Toullier.

CONTINUATION

(articles 1582 et suivans.)

Par M. J.-B. DUVERGIER, auteur de la Collection des Lois.

8 volumes in-8, plus 1 volume de Table. . . . . Prix : 86 fr.

Il paraît 5 volumes formant les tomes XVI, XVII, XVIII, XIX et XX du DROIT CIVIL FRANÇAIS : Prix de chaque volume. . . . . 10 fr.

IMPRIMÉ CHEZ PAUL RENOUARD, RUE GARANCIÈRE, N. 5.

LE DROIT CIVIL
FRANÇAIS,
SUIVANT L'ORDRE DU CODE;

OUVRAGE

DANS LEQUEL ON A TACHÉ DE RÉUNIR LA THÉORIE A LA PRATIQUE;

PAR C.-B.-M. TOULLIER.

TOME VINGTIÈME.

CONTINUATION

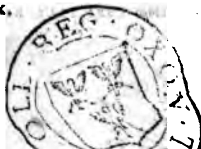
(Articles 1582 et suivans.)

Par M. J.-B. DUVERGIER, Avocat.

TOME CINQUIÈME.

PARIS.
JULES RENOUARD ET Cie, LIBRAIRES.
ÉDITEURS DU TRAITÉ DE TOULLIER ET DE LA CONTINUATION.
RUE DE TOURNON, N. 6.

M. DCCC. XXXIX.



LE DROIT CIVIL FRANÇAIS,

SUIVANT L'ORDRE DU CODE CIVIL.

SUITE DU LIVRE TROISIÈME.

TITRE IX.

Du Contrat de Société.

NOTIONS PRÉLIMINAIRES.

SOMMAIRE.

1. *Motifs de l'ordre dans lequel est placé le titre relatif à la société.*
2. *Observations sur la manière, dont a été précédemment traité ce sujet.*
3. *Division de la matière.*
4. *Idées sous l'influence desquelles a été conçu cet ouvrage.*
5. *Caractère distinctif du contrat de société; causes qui ont empêché de le reconnaître et qui ont fait confondre la société et la communauté.*
6. *Influence du développement de l'industrie et du commerce.*
7. *Imperfections que nos Codes ont laissé subsister. Né-*

cessité d'un pouvoir directeur dans le sein de chaque société.

8. *Indication des moyens d'amélioration.*
9. *Influence des événemens et des doctrines politiques sur la législation relative aux sociétés. Exposition résumée des principes qui me dirigeront dans le cours de ce travail.*

1. On essaierait inutilement de trouver dans la nature des différens contrats, les raisons qui ont déterminé l'ordre dans lequel le Code civil les a classés. Il a maintenu l'arrangement adopté dans les Institutes de Justinien, suivi, avec de légères modifications, par les anciens docteurs, et reproduit par Despeisses, Domat, d'Argou, et Pothier. Cette classification a paru préférable à toute autre, parce qu'elle était déjà connue et familière aux jurisconsultes.

Il ne faut pas chercher ailleurs l'explication du rang qu'occupe le titre consacré au contrat de société. On peut faire remarquer cependant que le bail à cheptel tient à-la-fois du louage et de la société (1), et qu'il est assez naturel de rapprocher les dispositions relatives à ces trois contrats.

2. Ceux qui ont traité jusqu'à ce jour le sujet dont je vais m'occuper, ont reproduit à-peu-près les mêmes idées générales et présenté des définitions presque entièrement semblables; l'on peut donc adresser à tous et les mêmes éloges et les mêmes reproches. En donnant des notions exactes et utiles sur le contrat de société, ils n'ont pas déterminé son caractère avec assez de précision;

(1) *Voy.* tome XIX (IVe. de ma Continuation), n° 387.

ils ont multiplié les exemples et examiné de nombreuses espèces; mais ils n'ont point posé, avec franchise et clarté, une règle générale de laquelle dérivent toutes leurs solutions. Je m'efforcerai de mieux indiquer qu'ils ne l'ont fait, la base, le but et les élémens constitutifs des sociétés; de manière à prévenir toute confusion, entre ce contrat et les conventions qui ont avec lui de l'analogie.

3. Le premier chapitre sera consacré à cette partie si importante de la tâche que j'entreprends, et dans laquelle je n'espère, au surplus, réussir qu'à l'aide des travaux de mes devanciers.

Selon que les associés embrassent, dans leurs stipulations, tout ou partie de leurs biens, la société reçoit une qualification différente, et se trouve soumise à quelques règles particulières. J'indiquerai, dans le chapitre II, en quoi consistent ces modifications.

Après avoir ainsi exposé les principes généraux, et montré les variétés que présente le contrat de société, je rechercherai quelle est la nature du lien qui unit les associés, quels sont leurs droits réciproques, leurs obligations respectives; considérant ensuite tous les associés réunis, comme une unité, j'étudierai les rapports de cette personne morale, formée de la réunion de plusieurs, avec les tiers. Tel sera l'objet du chapitre III.

L'ordre naturel des idées, aussi bien que la suite nécessaire des évènemens, a dû faire placer dans le dernier chapitre tout ce qui est relatif à la dissolution de la société, aux causes qui l'entraînent et aux opérations qui la suivent.

Les sociétés civiles sont rares; chaque jour au contraire voit naître de nombreuses sociétés de commerce. Il ne faut point s'en étonner : le but que se proposent les commerçans étant de se procurer des bénéfices par l'exploitation de leurs capitaux, et par l'exercice de leur industrie; l'association, moyen puissant d'arriver à ce résultat, doit être fréquemment employé par eux. Les hommes étrangers au commerce, se contentant des revenus presque spontanés de leurs biens, ne songent pas à former des sociétés pour les augmenter; ils sont plus touchés des plaisirs d'une jouissance exclusive, que sensibles à l'avantage d'un accroissement de produits. Tel a été, du moins pendant long-temps, le sentiment qui a dominé dans cette classe. De nouvelles idées semblent aujourd'hui s'y introduire et tout fait présager qu'elles s'y développeront rapidement. Mais alors même que les sociétés civiles deviendraient aussi nombreuses que les sociétés de commerce, elles n'en seront pas moins distinctes et séparées. Je placerai dans un chapitre supplémentaire quelques observations, touchant le caractère particulier de chacune d'elles et l'influence que les principes généraux du droit civil doivent exercer sur les sociétés commerciales.

4. Au surplus, mon travail a été conçu et exécuté sous l'influence de quelques idées, dont je crois devoir rendre compte ici.

Ce serait une étude stérile que de rechercher l'ordre dans lequel les relations des hommes ont fait naître les différens contrats.

On interrogerait inutilement, sous ce rapport, les monumens historiques, et l'on consulterait sans fruit les divers systèmes de législation; ni les uns et ni les autres ne fourniraient d'explications satisfaisantes et utiles. Mais, si l'origine de chaque sorte de conventions reste ainsi couverte d'un voile impénétrable, on peut espérer de saisir, et il est intéressant de connaître la loi, d'après laquelle leurs progrès se sont opérés.

En effet, lorsque l'observation, ou une vue *à priori* nous a révélé la tendance d'une institution, d'un contrat, d'un fait social quelconque, nous comprenons sans peine les règles auxquelles il a été soumis, et nous voyons distinctement celles qu'il est convenable de lui imposer. Les obstacles qu'il a rencontrés, les causes qui ont hâté son développement, nous apparaissent avec un caractère de précision et de certitude, qui rend facile le choix des moyens propres à détruire les uns et à seconder les autres.

5. De tout temps, on a considéré comme le caractère distinctif du contrat de société, l'intention des parties d'obtenir par leur union un bénéfice, qu'isolées, elles ne pourraient se procurer; mais cette condition essentielle n'a pas toujours été placée par les législateurs et par les jurisconsultes au rang qui lui appartient. On ne trouve dans le droit romain aucun texte qui ait pour but spécial et direct de la mettre en évidence; c'est toujours incidemment qu'elle est indiquée. D'ailleurs, long-temps on a ignoré toute la puissance de production qu'acquièrent les capitaux en s'unis-

sant. La plupart des exemples que fournissent les lois romaines et que citent les jurisconsultes, même ceux qui ont écrit à une époque rapprochée, sont empruntés à l'industrie agricole et ne rappellent que des combinaisons sans importance, sans étendue, inspirées par la nécessité, et plutôt faites pour prévenir des pertes, que pour procurer des gains. Ainsi, Despeisses, Pothier, Domat, nous parlent souvent de laboureurs qui mettent leurs chevaux ou leurs bœufs en commun; de voisines qui apportent, chacune, une vache dans la société. Sans doute les principes sont indépendans des choses qui forment les mises sociales; cependant, on conviendra que leur application à des matières et à des faits entièrement étrangers à l'activité commerciale, n'était pas propre à rendre familière et sensible cette vérité importante; que toute société a pour but de créer des bénéfices, par la communication d'objets qui, séparés, seraient moins productifs, ou même absolument stériles.

Aussi voyons-nous qu'autrefois la communauté et la société étaient à-peu-près confondues. Là, où l'on trouvait la première établie, on supposait que la seconde avait été contractée. Dans la plupart des coutumes, un père et un fils, des frères, quelquefois même des étrangers, vivant en commun, étaient tenus pour associés (1). La distinction entre des rapports de parenté ou d'affection, et des relations formées dans des vues in-

(1) Coutumes du Bourbonnais, art. 267 et 268; Poitou, 231 et 232; Touraine, 231; Angoumois, 41, Nivernais, chap. 22, art. 1

téressées était sinon méconnue, du moins rarement et faiblement appliquée. On ne comprenait pas assez que les sociétés proprement dites sont constituées, moins par l'union des personnes que par celle des biens. La doctrine et la législation avaient un ton plus sentimental que scientifique; elles s'attachaient au moins autant à donner de sages conseils sur les procédés et les égards que se doivent mutuellement les associés, qu'à formuler les règles relatives à l'administration du fonds social.

6. A mesure que l'industrie et le commerce ont pris du développement, des sommes plus consi-

---

et 2; Dreux, art. 52; Sainctonge, tit. 7, art. 58; Châteauneuf, ch. 9, article 70; Chartres, ch. 10, art. 61; Sens, art. 281; Auxerre, article 202; Bar, tit. 7, art. 88; Troyes, art. 102. Voici comment s'exprime Auroux des Pommiers, sur l'art. 267 de la coutume de Bourbonnais. « Anciennement dans cette province, la communauté coutumière des meubles conquêts s'acquérait entre toutes sortes de personnes, par la mixtion des biens et demeure commune d'an et jour, pourvu qu'elles fussent âgées, savoir, les mâles de quatorze ans, et les filles de douze ans, et qu'elles fussent *sui juris* : c'est ce qui se justifie par le procès-verbal de la coutume sur le présent article, et par l'art. 1 du titre 7 de l'ancienne coutume; mais dans la rédaction de la nouvelle coutume, la disposition de l'ancienne a été bornée et limitée aux seuls frères; de manière que la communauté ou société tacite n'a lieu présentement qu'entre frères. »

« Nous voyons, dit Vigier, sur l'art. 41 de la coutume d'Angoumois, de ces communautés continuées par des siècles entiers entre les gens des champs, principalement entre les métayers perpétuels, où les descendans des pères de famille, les gendres et brus venus en la maison, demeurent souvent ensemble sans partage l'espace de cent ans, ne rompent jamais leur société qu'avec de grands désordres et différends. »

Cæterùm universalem omnium bonorum tam futurorum quàm præsentium societatem jam olim in Hollandiâ fuisse reprobatam, à Grotio notatum est. Manud. ad jurisp. holl. lib. 3. cap. 21 nis 5 et 6. — *Voët ad Pand. lib. XVII, tit. II, n. 4. in fin.*

dérables et des procédés nouveaux leur sont devenus nécessaires; il leur a fallu plus de bras, plus d'intelligence et plus d'argent. C'est à l'aide des sociétés qu'il a été possible de se procurer ces élémens indispensables et de les combiner d'une manière avantageuse; par conséquent, le nombre des associations s'est rapidement accru, et le signe qui les distingue des simples communautés de biens s'est de plus en plus manifesté. Ce mouvement a commencé, au douzième siècle, en Italie. Les commerçans de Gênes, de Florence et de Venise ont formé des associations d'un genre jusque alors inconnu; ils y ont fait entrer les capitaux sans les personnes; ils ont trouvé dans la solidarité imposée à tous les associés, et dans la publicité donnée à leurs conventions, des moyens d'étendre et d'assurer leur crédit. Les tribunaux et les jurisconsultes sont venus ensuite qui ont érigé en règles ces ingénieuses combinaisons; qui en ont recherché les principes et développé les conséquences (1). Toutefois, malgré l'impulsion imprimée aux travaux des légistes par ces importantes innovations, les vieilles doctrines ont conservé long-temps leur influence. Savary, qui écrivait après la publication de l'ordonnance de 1673, s'attache avec un soin particulier à indiquer les qualités du cœur et de l'esprit que l'on doit chercher dans un associé. Ses conseils sont fort sages sans doute; mais ils conviendraient autant à des jeunes gens qui songent à se marier qu'à des commer-

(1) *Voy.* Notamment les ouvrages de Straccha, Casaregis, etc.

çans qui veulent former une association. Toubeau, contemporain de Savary, et lui-même négociant, voulant faire l'apologie des sociétés, s'exprime ainsi :

« Ulpien dit que les sociétés sont louables, parce qu'elles ont beaucoup de rapport à *la fraternité*. Quintilien dit que c'est une *chose sainte*, une espèce de *fraternité*, et que tous les associés n'étant qu'un, c'est une espèce de *corps mystique*. La Sainte-Écriture dit : que celui qui aime sa société, aime mieux ses associés que ses frères. Personne n'ignore les louanges que l'histoire donne à la famille des Tubeo romains, qui ont vécu long-temps en société seize hommes tous mariés, ayant femmes, enfans, neveux, et serviteurs au nombre de cinq cents, vivant en communauté sous un même toit, sans avoir eu aucune querelle ni contradiction. » (1)

A la lecture de ce passage, on reconnaît que si le véritable caractère des sociétés n'était pas inconnu aux jurisconsultes et aux industriels de cette époque, du moins les vues économiques et doctrinales se confondaient dans leur esprit avec des appréciations un peu surannées. Ils ne pouvaient parvenir à tracer nettement la ligne de démarcation entre le contrat de société, inventé pour accroître les produits des capitaux et du travail, et ces anciennes communautés, espèces de sociétés primitives, pures de toute pensée d'intérêt, formées non par calcul, mais par penchant,

---

(1) Institutes du droit consulaire, livr. II, tit. III, ch. I.

non pour le bénéfice qu'elles pouvaient produire, mais pour le bonheur qu'elles devaient procurer. Sous de pareilles influences, il était difficile que les dispositions législatives et les principes de droit en cette matière, reçussent de grands perfectionnemens. On avait des règles sur l'apport des mises sociales et sur son effet; sur la détermination des parts de chaque associé dans les bénéfices; sur les causes de dissolution de la société, et sur les moyens d'opérer le partage. Que fallait-il de plus? Y avait-il même quelque chose de possible au-delà? A la vérité, l'administration de la société dépendait entièrement des stipulations des associés; et si leur prévoyance n'avait point nommé un gérant et déterminé ses pouvoirs, le droit de chacun était égal; tout le monde était maître. Mais cette absence d'organisation ne paraissait pas avoir d'inconvéniens, à raison des liens qu'on supposait exister entre les associés; des dissensions étaient peu probables entre gens qui devaient *s'aimer plus que des frères*, qui formaient *un corps mystique*, qui avaient fait *une chose sainte*.

7. Le Code civil n'a apporté aucune amélioration véritable à cet état de choses. L'article 1859, relatif à l'administration de la société, pose ce principe anarchique : qu'à défaut de stipulation expresse, les associés ont chacun un droit égal à la gestion; et il en déduit, avec une logique impitoyable, toutes les conséquences fâcheuses. Au lieu d'établir l'ordre et l'harmonie, il organise la lutte et excite les collisions. Dire, par exemple, que ce que chacun fait est valable, même pour la part de

ses associés, sans qu'il ait pris leur consentement, *sauf le droit qu'ont ceux-ci de s'opposer à l'opération ;* c'est constater que, dans la série des actes qui constituent l'administration d'une société, il peut s'élever une foule de contestations, sans songer aux moyens de les terminer. Autoriser chaque associé à se servir des choses appartenant à la société, *pourvu qu'il n'empêche pas ses associés d'en user selon leur droit*, c'est mettre sans cesse en présence des intérêts opposés, lorsqu'il fallait s'attacher à les unir et à les confondre. Si l'on poursuit cet examen, on verra que toutes les autres dispositions sont atteintes du même vice. Toutes seraient convenables pour des personnes en état de communauté, qui voudraient seulement jouir de choses indivises entre elles; tandis qu'elles sont, on peut le dire, subversives du principe fondamental de toute société; car s'associer, on ne saurait trop le répéter, ce n'est pas seulement créer un état d'indivision et établir une jouissance collective; c'est confondre ses biens, ses forces, son activité, pour parvenir à produire des bénéfices. Or ce but ne sera jamais atteint, si, à chaque instant, les prétentions individuelles, les droits personnels de chacun, surgissent et se heurtent; il faut, au contraire qu'ils s'effacent, qu'ils disparaissent, qu'ils viennent expirer devant un pouvoir régulièrement établi, dans le sein même de l'association.

Sans doute, et je l'ai déjà dit, les parties peuvent, par l'expression de leur volonté, organiser une administration; mais ce n'est pas assez que de leur avoir laissé cette faculté; car, d'une part, il

est à craindre qu'elles n'en fassent pas un bon usage, que cédant à l'empire des vieilles habitudes, elles n'établissent pour leur société des réglemens propres à l'état de communauté ; d'un autre côté, si elles gardent le silence, si elles négligent d'écrire dans le contrat les statuts de leur association, elles se trouveront livrées à l'état d'anarchie, dont il est inutile d'indiquer de nouveau tous les inconvéniens.

8. Au surplus, je n'ai garde de proposer ici les dispositions qu'il conviendrait d'introduire dans la législation ; je ne me sens ni le goût ni la force de rédiger un projet de loi sur cette matière. Je me bornerai seulement à dire : que la constitution d'un pouvoir directeur des affaires sociales peut offrir quelques difficultés, mais qu'à coup sûr elle ne présente pas un problème insoluble ; que ce serait une amélioration incontestable, de subordonner la validité des sociétés à l'organisation conventionnelle de l'administration qui doit la régir ; que si l'on répugnait à introduire cette disposition irritante, on pourrait régler la forme dans laquelle, en l'absence de convention, seraient prises entre les associés les délibérations sur les opérations à faire, sur le mode de jouissance des choses communes, en un mot sur tous les actes importans de la gestion. Les contractans n'auraient point à se plaindre de ce qu'une loi sage et prévoyante établirait une hiérarchie et créerait une autorité directrice, lorsqu'ils auraient commis l'imprudence de se livrer à mille chances de désordre et de lutte. Un publiciste a dit que « le corps politique qui

n'est point dirigé par la raison du gouvernement, n'est plus un peuple, une nation, mais un troupeau (1). » Cela est vrai pour les petites sociétés particulières, comme pour les grandes associations politiques.

Sans doute, plus le nombre des membres qui composent les agrégations est considérable, plus la nécessité d'un pouvoir régulateur se fait sentir; mais l'absence d'un gouvernement est toujours et pour toutes un mal grave.

Ce serait une erreur de croire que les sociétés commerciales sont exemptes du vice que je viens de signaler.

Dans la société en nom collectif, chaque associé a des pouvoirs égaux, tout le monde a le droit de commander, et personne n'est tenu d'obéir; les affaires sociales ne peuvent marcher qu'à la condition d'un accord constant et parfait entre les associés; au moindre dissentiment, l'existence de la société est compromise. Lorsque des commanditaires ont confié leurs fonds à un gérant, celui-ci est certainement investi d'une autorité bien étendue; mais rien ne règle ses rapports avec les commanditaires; aucune disposition n'établit la distinction entre les actes de surveillance et de contrôle qui sont permis à ces derniers et les actes de gestion dont ils doivent s'abstenir; le despotisme remplace l'anarchie. Si donc, le contrat ne contient pas de sages et utiles stipulations,

(1) Harrington, Aphorismes politiques, n° 19.

il y a tout à craindre pour les intérêts sociaux.

Les sociétés anonymes offrent quelques garanties de plus, car leurs statuts sont ordinairement rédigés avec soin, et soumis à l'examen du conseil d'état. Toujours est-il que la législation ne devrait pas livrer à l'instabilité de volontés privées le sort de conventions aussi nombreuses, et aussi influentes sur la prospérité publique, que les associations : elle devrait intervenir, sinon pour imposer des règles absolues, du moins pour donner une bonne impulsion aux contractans, pour suppléer à leur silence.

9. On s'étonnera peut-être que ces réflexions n'aient pas déjà frappé les économistes et qu'elles n'aient pas amené quelques modifications dans nos Codes. L'état stationnaire, dans lequel nous sommes restés, s'explique cependant, pour peu qu'on veuille en rechercher les causes. D'un côté, la science économique a fait de remarquables progrès ; ses principes ont pénétré dans toutes les classes ; maintenant, on comprend bien les avantages que procurent l'union des capitaux et la division du travail ; dans la formation des sociétés, on ne fait plus jouer le premier rôle au sentiment ; leur but est nettement conçu, et les moyens d'y parvenir parfaitement déterminés. Mais les travaux des économistes n'ont pu échapper à l'influence des évènemens et des doctrines politiques au milieu desquels ils se sont accomplis. Les idées d'égalité et de liberté, qui ont dominé depuis un siècle les mœurs, les arts, les lettres, les sciences, les hommes et les choses, devaient nécessairement éloigner des esprits toute pensée

d'établir entre associés des distinctions et des inégalités, d'attribuer à l'un d'eux quelque autorité sur les autres. Une pareille conception eût été regardée comme un attentat au dogme de la souveraineté populaire. De petites sociétés industrielles, hiérarchiquement organisées et dirigées par un pouvoir fortement constitué, ne pouvaient être tolérées, dans une société politique composée de membres absolument égaux, et gouvernée par la volonté de tous. Des réglemens faits pour suppléer à l'imprévoyance des associés, et, à plus forte raison, pour leur imposer une direction, n'avaient aucune chance d'être accueillis avec faveur, lorsque la doctrine, qu'il n'y a pas de discernement supérieur à celui de l'intérêt privé, était dans toute sa jeunesse et dans toute sa force; lorsqu'elle régnait presque sans opposition, revêtue de la fameuse formule : *laissez faire, laissez passer*.

Ainsi placé entre des impulsions contraires, le régime des sociétés n'a fait aucun mouvement. Aujourd'hui, le temps est venu, où la liberté et l'égalité sont mieux entendues, où l'on sent la nécessité de les unir avec l'ordre, de les harmonier avec une classification hiérarchique, avec l'action d'un pouvoir énergique et régulier. Si l'on n'a point encore trouvé les moyens d'opérer cette utile combinaison dans les régions politiques, où s'agitent tant d'intrigues et fermentent tant de passions, dans l'atmosphère plus calme de la législation civile, on doit rencontrer moins d'obstacles et parvenir plus facilement au but.

Pour moi, en expliquant les dispositions du

Code sur l'administration du fonds social, j'essaierai d'indiquer l'esprit, dans lequel elles auraient dû être conçues, afin de rendre cette administration plus homogène, plus constante, par conséquent plus fructueuse. En outre, dans l'examen des questions dont j'aurai à présenter la solution, j'accorderai la préférence à l'intérêt général sur les intérêts particuliers, à ce qui doit favoriser la production des bénéfices, sur ce qui peut assurer l'usage, par chaque intéressé, des choses communes; en un mot, je placerai toujours la société avant les associés.

CHAPITRE PREMIER.

Dispositions générales.

SOMMAIRE.

10. *Division de la matière.*

10. Ce chapitre sera divisé en deux sections: l'une consacrée à l'exposition des élémens constitutifs de la société, l'autre, à la forme et à la preuve de ce contrat.

SECTION PREMIÈRE.

Des élémens constitutifs du contrat de société.

SOMMAIRE.

11. *Dans la société, chaque contractant trouve l'équivalent de sa mise dans la participation au fonds commun et*

aux bénéfices. Toute société doit être contractée dans l'intérêt commun des associés.

12. *La part dans les bénéfices est, en général, proportionnée à la mise de chacun.*
13. *Chaque associé est tenu de supporter une portion des pertes.*
14. *En général, la contribution aux pertes doit être réglée d'après la participation aux bénéfices.*
15. *Que faut-il entendre par les expressions : bénéfices et pertes ? Manière de les déterminer.*
16. *Suite, renvoi.*
17. *Définition de la société.*
18. *Choses qui peuvent être l'objet du contrat de société.*
19. *Le* crédit *constitue une mise sociale valable. Distinction.*
20. *Le* nom *peut aussi quelquefois être une mise sérieuse.*
21. *Un office public peut-il être mis en société ? Renvoi.*
22. *On peut ne mettre en société que la jouissance ou l'usage d'une chose.*
23. *Les associés ne sont point tenus d'apporter des mises égales ou homogènes.*
24. *Toute société doit avoir un objet licite.*
25. *Effets des sociétés qui ont un objet illicite ;*
26. *Dans le cas où les choses sont encore entières ;*
27. *Dans le cas où l'un des associés a perçu, seul, les bénéfices ;*
28. *Dans le cas où il a supporté des pertes ;*
29. *Dans le cas où il y a eu répartition des bénéfices ou des pertes.*
30. *Il n'y a point de distinction à faire entre les sociétés qui ont un objet véritablement criminel et celles qui sont en contravention avec les lois purement civiles et les réglemens arbitraires. Opinion contraire de M. Toullier.*
31. *Dans tous les cas, les associés peuvent exiger la restitution de leurs mises.*
32. *Au moment où cesse la société illicite, la masse commune doit se partager, non d'après la convention, mais selon l'équité.*

33. *La société diffère de la communauté.*
34. *Mais dans la société, comme dans la communauté, il y a aliénation des choses mises en commun.*
35. *Différence remarquable indiquée par Pothier.*
36. *Elle révèle que la société et la communauté sont soumises, quant à l'administration, à des principes opposés.*
37. *L'administration des choses communes est un droit et une obligation pour l'associé; non pour le communiste.*
38. *Conséquences, en ce qui touche le droit de donner à bail les choses communes.*
39. *Raisons des différences indiquées quant au droit d'administration.*
40. *La communauté, qui naît de la volonté des parties, ne doit pas pour cela être confondue avec la société.*
41. *Autres différences indiquées par Pothier. Droit de mitoyenneté, de jouissance en commun de certains objets.*
42. *Une simple communauté d'intérêts ou d'avantages ne constitue pas une société. Exemples.*
43. *Les compagnies d'assurances à primes sont de véritables sociétés.*
44. *Règles pour distinguer la communauté d'intérêts de la société.*
45. *Applications à diverses espèces. Première espèce : convention par laquelle une personne en charge une autre de vendre des pierres précieuses, à la condition que celle-ci gardera tout ce qui excédera un prix déterminé.*
46. *Deuxième espèce : convention par laquelle le propriétaire d'un cheval le joint à trois chevaux appartenant à un autre, pour en former un attelage et vendre plus avantageusement.*
47. *Troisième espèce : convention entre deux voisins, que l'un d'eux achetera un héritage contigu et en laissera une partie à l'autre.*
48. *Quatrième espèce : convention par laquelle un chef de*

maison accorde à un de ses employés une partie des bénéfices.

49. *Dans aucune de ces espèces il n'y a société; raisons sur lesquelles est fondée cette opinion.*

50. *Application à la première espèce;*

51. *A la deuxième;*

52. *A la troisième;*

53. *A la quatrième.*

54. *Egalement il n'y a point société, lorsque, par affection, un négociant promet à un parent une part des bénéfices de sa maison.*

55. *Il n'y a point société entre deux laboureurs qui propriétaires chacun d'un bœuf, se le prêtent successivement et réciproquement;*

56. *Ni entre deux négocians qui composent de leurs deniers une somme, pour en jouir* alternativement *pendant un certain délai.*

57. *Le bail partiaire diffère de la société. Renvoi.*

58. *Prêt usuraire déguisé sous la forme de société et justifié par les casuistes. Arrêt de la Cour de Paris qui reproduit leur système. Critique.*

59. *Les offices ne peuvent être mis en société.*

60. *La convention, par laquelle un officier public accorde à un de ses collaborateurs une partie des produits de sa charge, n'est pas une société.*

61. *Réflexions sur la vénalité des offices.*

62. *Examen de la jurisprudence sur la question de savoir si les offices peuvent être mis en société.*

63. *Les prétendus associés doivent être admis dans la contribution sur le prix de la charge, pour les sommes qu'ils ont versées, sans déduction des pertes.*

64. *Il en est autrement de ceux qui n'ont pas entendu être associés, qui ont seulement voulu obtenir une part dans les bénéfices. Motifs de cette différence.*

11. Les capitaux, a dit récemment un écrivain distingué, sont, comme les hommes : unis, ils

sont puissans; divisés, ils sont sans force (1). Cette maxime est d'une vérité plus ou moins absolue. Tous les capitaux, depuis le fonds de terre jusqu'à l'intelligence humaine, acquièrent, en s'unissant; une puissance de production incontestable; mais il en est qui, isolés, sont entièrement inertes et improductifs; il faut absolument qu'ils soient fécondés par le contact d'élémens d'une autre nature.

Pour opérer cette fusion, dont le résultat est toujours un accroissement de produits, et quelquefois la création de valeurs qui, sans elle, n'auraient jamais existé, il est indispensable ou, que les possesseurs des choses consentent à s'en dessaisir les uns au profit des autres, ou qu'ils conviennent de les mettre en commun. Celui qui se dépouille entièrement de ce qui lui appartient, s'y détermine parce qu'on lui en donne l'équivalent ou le prix. Ceux qui réunissent leurs biens ont évidemment d'autres motifs; aucun ne peut offrir un prix; aucun ne peut en recevoir, puisque chacun concourt de la même manière à former la masse commune. Tous ont donc nécessairement pour mobile, l'espérance de prendre part dans les bénéfices produits par l'union de leurs capitaux.

La combinaison qui ne laisserait à l'un des contractans aucun droit aux bénéfices, aurait le caractère d'une libéralité par lui faite volontairement aux autres, ou serait une odieuse injustice re-

(1) M. Michel Chevallier, Lettres sur l'Amérique.

poussée par les principes généraux, et condamnée par ce texte formel : toute société doit être contractée pour l'intérêt commun des parties. (1)

« Si la société, disait M. Treilhard au Corps législatif (2), n'était formée que pour l'intérêt d'un seul, la bonne foi ne serait-elle pas étrangement violée ? Il faut donc s'unir pour l'intérêt commun des parties qui contractent : c'est là la première règle, la règle fondamentale de toute société. Il est contre la nature qu'une société de plusieurs, de quelque espèce qu'on la suppose, se forme pour l'intérêt particulier, pour le seul intérêt d'une des parties. On n'a pas pu marquer plus fortement les vices d'une pareille société, qu'en la qualifiant de *léonine* (3). C'est, d'une part, la force ; de l'autre, la faiblesse. Il ne peut y avoir entre elles aucun traité, parce qu'il ne peut exister ni liberté ni consentement ; or, la société est un contrat consensuel, et la loi ne peut voir de consentement véritable dans un contrat de société dont un seul recueillerait tout le profit, et dont l'intérêt commun des parties ne serait pas la base. »

12. Puisque la participation aux bénéfices est, pour chacun des sociétaires, l'équivalent des choses qu'il met en société, les parts dans les bénéfices doivent être entre elles, dans le même rapport

---

(1) Art. 1833. Voy. aussi art. 1855.

(2) M. Locré, tome XIV, page 518.

(3) *Cassius respondit : societatem talem coiri non posse ut alter lucrum, alter damnum sentiret, hanc societatem* leoninam *solitum appellare, et nos consentimus*... L. 17, § 2, ff. *pro socio*.

que les mises sociales. Il est difficile de juger si ce principe d'égalité proportionnelle est religieusement observé, lorsque toutes les mises ou quelques-unes d'elles consistent en choses, dont la valeur est arbitraire, telles que l'industrie, le crédit qu'apporte l'un des associés, une invention, un fonds de commerce, une clientelle. Au surplus, alors même qu'on fait la convention s'écarterait de la règle, la règle n'en serait pas moins vraie. C'est ainsi que, dans les ventes, le prix n'est pas toujours parfaitement égal à la valeur de la chose vendue; quoiqu'en principe le prix soit pour le vendeur l'équivalent de l'objet par lui aliéné. Cependant quelques jurisconsultes ont méconnu l'évidence et la moralité de la doctrine qui proportionne le bénéfice de chacun à sa mise; ils ont, en s'attachant servilement à un texte des Institutes (1), enseigné que, dans le silence du contrat, les bénéfices doivent se partager également, malgré l'inégalité des apports. Le Code civil, comme on le verra bientôt (2), a, par une disposition expresse, condamné cet étrange système. Il admet, à la vérité, que l'équilibre entre la mise et le profit peut être détruit par la convention des parties (3). Mais la dérogation au principe est plus apparente que réelle; j'aurai dans la suite occasion d'expliquer cela.

---

(1) *Lib. III, tit. XXVI*, § 1. *Voy.* Vinnius, *loc.* *Voy.* les Observations de M. Duccauroy sur ce texte.

(2) Art. 1853.

(3) *Voy.* l'art. déjà cité.

13. Du droit de prendre part aux bénéfices résulte l'obligation de supporter une portion des pertes. Il n'est pas besoin de démonstration pour établir que celui à qui profite le succès ne doit pas rester étranger au revers. C'est une de ces vérités qui arrivent à la raison par la conscience, et que toute argumentation affaiblit. C'est une des plus claires, des plus rigoureuses, des plus justes conséquences du principe d'égalité, qui domine tous les contrats.

L'idée qu'on doit se faire de la société ne serait donc pas complète, si l'obligation pour chacun des associés de supporter une portion des pertes, n'était pas indiquée. Plusieurs jurisconsultes, pourtant, ont négligé de faire ressortir ce trait qui me paraît important et caractéristique; le Code civil lui-même l'a omis dans sa définition. Le rapport fait au tribunat, par M. Boutteville, et le discours prononcé, par M. Gillet, devant le corps législatif au nom du tribunat, expliquent, l'un et l'autre, à-peu-près de la même manière, les raisons qui ont déterminé à ne point parler de la contribution aux pertes.

« On peut observer, disait M. Boutteville, que les parties doivent aussi partager les pertes; mais comme très certainement elles ont principalement en vue d'obtenir et de partager des bénéfices, il serait difficile de ne pas trouver la définition exacte. » (1)

« Jusqu'ici, disait M. Gillet, la définition avait

(1) M. Locré, tome XIV, page 532.

été moins précise. Les écrivains en jurisprudence y avaient ajouté parmi les objets de la société, la communication *des pertes*. Il a paru au tribunat que le projet proposé était plus exact, lorsqu'il considérait cette communication comme une simple condition du contrat, et non pas comme son but.» (1)

Ces explications ne sont point satisfaisantes. Sans doute, les associés ne s'unissent qu'avec le desir et l'espérance de faire des bénéfices; c'est là incontestablement le but qu'ils se proposent. Certainement ils ne coalisent pas leurs efforts et leurs capitaux, avec le dessein prémédité de perdre; mais il ne faut pas s'attacher exclusivement à l'intention qui les dirige, au résultat qui est dans leurs vœux et dans leurs prévisions ; il faut aussi indiquer toutes les conséquences qui peuvent advenir, même malgré eux, par la force des choses, et à raison de la nature du contrat. Or, si des pertes surviennent, elles seront à la charge commune, personne n'en doute; il n'est pas même permis aux parties de s'opposer par leur convention à la répartition des sinistres. La stipulation, qui affranchirait une chose mise dans la société de toute contribution aux pertes, serait nulle; l'article 1855 le déclare. La définition est donc incomplète, si elle se borne à déterminer les effets du contrat, pour le cas où des gains sont obtenus, sans dire quel sera le sort des associés, si l'on éprouve des pertes.

---

(1) M. Locré, tome XIV, p. 550.

Cela n'a point échappé à Domat. Il définit la société : « une convention entre deux ou plusieurs personnes par laquelle elles mettent en commun entre elles, ou tous leurs biens, ou une partie, ou quelque commerce, quelque ouvrage, ou quelque autre affaire, pour partager tout ce qu'ils pourront avoir de gain, *ou souffrir la perte* de ce qu'ils auront mis en société. » (1)

Pothier ne parle point de l'obligation, pour chaque associé, de prendre sa part dans les pertes comme dans les bénéfices ; il se borne à dire, que la société est un contrat, par lequel deux ou plusieurs personnes mettent ou s'obligent de mettre en commun quelque chose, pour faire en commun un profit honnête, dont elles s'obligent réciproquement de se rendre compte (2). » Il n'est pas étonnant qu'il se soit ainsi exprimé; car il pense que l'on peut stipuler que l'un des associés sera affranchi de toute contribution aux pertes (3). Il ne considère pas l'obligation de supporter une partie des pertes, comme un des élémens substantiels du contrat; il n'y voit qu'un de ses effets ordinaires, que la volonté des contractans peut supprimer; par cette raison, il n'en parle point dans la définition, ne voulant sans doute présenter que les traits caractéristiques de la chose définie. (4)

---

(1) Liv. I, tit. VIII, sect. I, n° 1.

(2) De la Société, n° 1.

(3) De la Société, n°s 19 et 25.

(4) Vinnius dit également : *De damno nihil adjeci, quia lucrum*

M. Delvincourt s'étonne qu'un jurisconsulte aussi austère, ce sont ses expressions, se soit montré sur ce point moins sévère que le Code civil (1). Peut-être ce reproche, auquel Pothier a lui-même donné lieu par la manière dont il s'exprime, n'est-il pas véritablement mérité; peut-être n'y a-t-il point entre sa doctrine et la disposition du Code, la contradiction que M. Delvincourt a cru apercevoir et qui paraît flagrante au premier coup-d'œil. J'essaierai de démontrer plus tard que Pothier ne croit pas, quoiqu'il le dise dans les termes les plus explicites, qu'on puisse valablement stipuler qu'un associé sera déchargé de toute contribution aux pertes (2); mais si j'établis, en effet, que ses paroles ont été au-delà de sa pensée, le vice de sa définition se trouvera par cela même manifeste; puisqu'il aura omis d'y énoncer une des conséquences nécessaires du contrat de société.

14. Il est naturel que la quotité de bénéfices attribuée à chaque associé, soit la mesure de la portion qu'il doit supporter dans les pertes, et réciproquement. *Illud expeditum est, si in unâ causâ pars fuerit expressa, veluti in solo lucro, vel in solo damno, in altero verò omissa: in eo quoque,*

---

tantùm sperant spectantque socii; damnum præter votum eorum accidit. Sed nec damni communio ad substantiam societatis pertinet: quippe quæ etiam ità constitui potest, ut unus è sociis damni sit expers, ut postea intelligitur. Ad. Inst. lib. III, tit. XXVI. Princip.

(1) Tome III, notes, page 223.

(2) La même observation s'applique au passage de Vinnius, transcrit ci-dessus.

quod prætermissum est, eamdem partem servari. (1)

Cela est si évident et si équitable, qu'on serait tenté de croire que la volonté des parties est impuissante pour modifier cette règle de répartition, et que l'essence même du contrat de société serait blessée, par une stipulation qui ferait des lots différens dans les pertes et dans les bénéfices. Toutefois, il faut reconnaître que les parties peuvent valablement introduire cette clause dans leurs conventions et l'on reconnaîtra plus tard, que c'est quelquefois un moyen d'établir l'égalité proportionnelle, qui doit toujours subsister entre les associés. (2)

15. On vient de voir que la contribution aux pertes n'est pas moins que la participation aux bénéfices un des élémens de la société, et que l'une ne diffère de l'autre qu'en ce que celle-ci est le terme des espérances, le but des efforts des contractans; et celle-là, au contraire, une condition qu'ils subissent, un inconvénient auquel ils se résignent. Maintenant, il est utile d'expliquer ce qu'on doit entendre par bénéfices et pertes. Quoique rien ne semble plus facile que de saisir le sens de ces expressions, c'est cependant parce qu'on se méprend sur leur véritable acception, que souvent on confond la société avec d'autres contrats analogues, ou qu'en les distinguant on n'indique

---

(1) *Inst. lib. III, tit. XXVI*, § 3.

(2) Voy. *infrà*, chap. III, § III.

point avec netteté la différence qui existe entre eux.

C'est en comparant toutes les choses qui forment le fonds social, à l'époque de la liquidation, selon leur valeur à cette époque, aux choses dont ce fonds était composé, au jour de l'établissement de la société, et valeur de ce jour, que l'on peut dire s'il y a bénéfice ou perte.

Le bénéfice, c'est l'excédant du produit de la liquidation sur le fonds social primitif; la perte, c'est le déficit.

On nomme aussi bénéfices, les avantages qu'a procurés une opération isolée faite pendant le cours de la société; et pertes, le dommage qu'une autre opération a causé. Mais c'est en établissant une compensation entre ces résultats particuliers, qu'on arrive à connaître si définitivement il y a des bénéfices ou des pertes.

Lorsqu'on veut régler la part de chaque associé, on doit donc calculer d'abord, d'après le procédé que j'ai indiqué, s'il y a bénéfice ou s'il y a perte; puis fixer la quotité de l'un ou de l'autre, pour chaque membre de la société. On s'écarterait des véritables principes, en déterminant la part dans les pertes, considérées isolément des bénéfices, et la part dans les bénéfices, sans déduction des pertes, et en compensant jusqu'à due concurrence les produits de cette double opération. Lorsque chaque associé concourt aux pertes pour une quotité semblable à celle qu'il prend dans le profit, on arrive, il est vrai, à un résultat identique; quel que soit le système qu'on adopte. Ainsi, admettons que les bénéfices d'une société

soient de 100,000 fr., les pertes de 50,000 fr.; que l'un des associés ait le quart des bénéfices et des pertes, et l'autre les trois quarts. Si l'on déduit 50,000 fr. de 100,000 fr., on trouve 50,000 fr. de bénéfice net; le quart, pour l'un des associés, sera de 12,500 fr., et les trois quarts appartenant à l'autre s'élèveront à 37,500 fr. Si, au contraire, on dit : le quart de 50,000 fr. montant des pertes est de 12,500 fr., les trois quarts sont de 37,500 fr.; le quart des 100,000 fr. qui composent les bénéfices est de 25,000 fr; les trois quarts sont de 75,000 fr.; en déduisant 12,500 fr. de 25,000 fr., et 37,500 fr. de 75,000 fr., on arrive à 12,500 fr. pour le lot du premier associé, et à 37,500, pour celui du second. Les deux routes conduisent donc au même point.

On obtiendrait des effets analogues, dans le cas inverse; c'est-à-dire, si la perte était de 100,000 fr. et le bénéfice de 50,000 fr. : l'un des associés perdrait 12,500 fr., et l'autre 37,500 fr.

Mais il en est autrement, lorsque les parties, usant du droit qui leur appartient, sont convenues que la part dans les bénéfices ne sera pas la même que dans les pertes. En reprenant les sommes de l'exemple que j'ai déjà choisi, supposons que l'un des associés ait stipulé qu'il aura la moitié des bénéfices et qu'il ne supportera que le tiers des pertes; dans ce cas, les deux manières de calculer produisent des conséquenees différentes. En effet, la moitié des bénéfices est de 50,000 fr., le tiers des pertes s'élève à 16,666 fr. 66 c.; en déduisant l'un de l'autre, on a pour le premier as-

socié un bénéfice net de 33,333 fr. 34 c.; le second, prenant l'autre moitié dans les bénéfices, soit 50,000 fr., et supportant les deux tiers des pertes ou 33,333 fr. 32 c., aura pour son lot 16,667 fr. 68 c. En procédant de l'autre manière, c'est-à-dire en déduisant d'abord les 50,000 fr. de pertes des 100,000 fr. de bénéfices, on aurait un bénéfice net de 50,000 fr. sur lequel chaque associé prendrait moitié, soit 25,000 fr. On peut pousser plus loin l'expérience et appliquer les deux systèmes au cas où les pertes seraient de 100,000 et le bénéfice de 50,000 fr.; l'on verra qu'ils produisent des chiffres différens.

Il fallait que cela fût bien constaté; si les conséquences des deux principes eussent été les mêmes, il n'y aurait pas eu de raison pour discuter auquel était due la préférence.

Ainsi, quand la loi ou la convention parle de pertes ou de bénéfices, cela doit s'entendre du résultat général et définitif que présentent toutes les affaires de la société, compensation faite des résultats bons ou mauvais de chacune d'elles.

C'est là, au surplus, une opinion admise de tout temps, qu'enseignent aussi bien les anciens docteurs (1) que les jurisconsultes modernes. Je n'ai donc pas ici la prétention de révéler une vé-

---

(1) *Neque lucrum intelligitur, nisi omni damno deducto, neque damnum, nisi omni lucro deducto.* L. 30. ff. *pro socio. Lucrum non particularim æstimatur, sed in summâ summarum, hoc est, id demùm pro lucro reputatur, quod deducto omni damno atque impensis, superest. Quem ad modum ex contrario, damnum non intelligitur, nisi deducto omni lucro.*

rité encore inaperçue; je veux seulement appeler l'attention sur un point qui, bien compris, doit jeter, je pense, quelque lumière sur plusieurs difficultés qui m'ont paru plutôt tranchées que résolues par les auteurs.

16. D'après ce qui vient d'être dit, pour déterminer s'il y a des bénéfices ou des pertes, on devrait embrasser toute la durée de la société, et comprendre dans le calcul toutes les affaires qui ont eu lieu depuis le jour de la constitution, jusqu'au terme fixé par la volonté des contractans, ou jusqu'à l'évènement qui entraîne la dissolution. Cependant, il est certain que, dans beaucoup de sociétés, on constate la situation à des intervalles assez rapprochés, ordinairement chaque année, quelquefois tous les semestres; et que l'on fait même, à ces différentes époques, des répartitions de bénéfices. L'expérience et la pratique semblent donc contredire la théorie. C'est au Chapitre III que seront convenablement placées les explications à ce sujet. (1)

17. En groupant les idées que j'ai dévelop-

Itaque si inter duos inita sit negotiatio mancipiorum et boum, atque in illâ damnum acceptum 100 *aureorum, in hâc lucrum factum* 300. *Factâ lucri et damni compensatione, reperietur superesse lucrum ducentorum, qui secundùm legem societatis dividi debent. Vinnius, ad Inst. lib. III, tit. XXVI*, § 2. « On appelle *gain* l'augmentation que reçoivent nos biens, toute déduction faite. Principes du droit naturel, par Formey, d'après Wolf, n° 100. M. Pardessus, Cours de droit commercial, tome IV, n° 999.

(1) Voy. *infrà*, chap. III, § III.

pées, on peut dire que la société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes consentent à mettre en commun, chacune, une chose qui lui appartient, et à former ainsi un tout dont elles sont co-propriétaires; afin d'en retirer des bénéfices, dans la proportion des mises respectives; et avec obligation de supporter, le cas échéant, une portion correspondante de la perte.

18. Tout ce qui est appréciable et susceptible d'être l'objet des conventions, dit M. Pardessus (1), peut former la mise dans une société. C'est ainsi que la plupart des jurisconsultes se sont exprimés, pour désigner d'une manière générale les choses qui sont susceptibles de composer un apport social (2). Il y a plus d'exactitude à dire, que tout ce qui peut être l'objet des conventions et qui d'ailleurs est de nature à produire des bénefices, soit isolément, soit au moyen de l'union avec d'autres objets, peut former une mise sociale.

Dans cette large désignation, sont compris l'argent comptant, les denrées ou marchandises, les effets mobiliers, les immeubles, les droits ou créances, les découvertes industrielles ou scientifiques, le travail mécanique ou intellectuel, l'habileté dans la conduite des affaires, les différentes sortes d'industrie, les clientelles, les relations commerciales et le crédit. On a été, ajoute M. Pardessus, jusqu'à considérer la force et le

(1) Cours de droit commercial, tome IV, n° 984.

(2) Pothier, de la Société, n° 8; Domat, liv. I, tit. VIII, sect. I, n° 1.

courage comme une sorte de mise (1), et il cite pour exemple la convention faite entre plusieurs capitaines de navires de ne pas s'abandonner pendant leur voyage, afin de se prêter un secours mutuel ou de se défendre, soit contre les ennemis communs, soit contre l'ennemi de l'un d'eux; ce qui s'appelle voyage *de conserve.*

« Cette convention, dit-il, est une véritable société, dans laquelle les forces des navires, les soins, les secours et le courage de chacun des équipages forment la mise respective.» (2)

Le Code civil, pour désigner les choses qui peuvent être mises en société, dit que chaque associé doit apporter de l'argent ou d'autres biens ou son industrie. Les mots : *biens* et *industrie* embrassent évidemment tous les objets corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, et tous les actes de l'homme qui sont de nature à produire des bénéfices.

19. On a vu dans l'énumération qui précède, que le crédit peut constituer un apport social. J'ai fait usage de cette expression, parce qu'elle est consacrée et qu'il n'en est point d'autre qui la remplace exactement; toutefois je m'en suis servi à regret, car le sens en est équivoque. Tantôt, en effet, elle s'entend de la confiance qu'un homme a obtenue du public, par son activité, sa sagesse, sa prévoyance, son habileté dans les affaires; tantôt, elle

---

(1) Cours de droit commercial, tome IV, n° 984.
(2) Tome III, n° 656.

signifie l'influence acquise par l'intrigue, attachée à certaines positions sociales, ou due à des relations particulières, quelquefois même à des fonctions publiques. C'est le crédit de la première espèce, qu'on doit ranger parmi les choses susceptibles d'être mises en société; l'autre suppose toujours des manoeuvres honteuses et de la corruption; il ne saurait être par conséquent l'objet d'un contrat.

« La convention est contraire à l'honnêteté et aux bonnes moeurs, disait M. Treilhard au Corps législatif, quand la mise ne consiste que dans une promesse de crédit, vaine le plus souvent, mais toujours coupable quand elle est payée. Loin de nous ces vils intrigans, qui vendant leurs manoeuvres et leur protection, trompent également et l'autorité dont ils surprennent la confiance et l'honnête homme qui compte sur eux. » (1)

On trouve la même idée dans Pothier, exprimée en termes moins énergiques. « Si des associés pour l'établissement d'une manufacture, dit-il, avaient eu convention avec un homme puissant, de lui donner une certaine part, pendant un certain nombre d'années, dans le profit qu'ils espéraient y faire, à la charge qu'il les aiderait de son crédit pour les affaires de cette manufacture; cette convention ne serait pas un contrat de société, car le secours du crédit de cet homme puissant, qu'il promet apporter à la société n'est pas quelque chose

(1) M. Locré, tome XIV, page 522.

d'appréciable. Cette convention est nulle comme contraire à l'honnêteté publique et aux bonnes mœurs qui ne permettent pas aux personnes puissantes d'accorder leur crédit pour de l'argent. » (1)

Ainsi, non-seulement un fonctionnaire public ne peut pas recevoir un intérêt dans une société, pour prix d'actes qui sont l'accomplissement de ses fonctions, ces actes fussent-ils justes; car ce serait un délit (2); non-seulement un des contractans ne peut offrir comme mise sociale, des avantages qu'il promet d'obtenir d'un fonctionnaire, à l'aide de dons ou promesses; car la loi pénale atteint aussi bien celui qui corrompt que celui qui se laisse corrompre (3). Mais, même en écartant toute idée de délit, en supprimant les circonstances qui le constituent, en supposant que l'associé qui fait espérer des actes de l'autorité de nature à produire pour la société des bénéfices, n'entende point employer les dons, les offres, les promesses, les présens, qu'il ne veuille qu'user d'une influence précédemment acquise et de la faveur dont il jouit; sa conduite, moins coupable sans doute, sera cependant toujours une spéculation honteuse, et les avantages qu'il promettra, ceux qu'il procurera en effet, ne seront jamais un véritable apport social.

20. M. Pelet exposait au conseil d'état, « qu'on peut apporter dans la société son nom et sa ré-

(1) Du Contrat de société, n° 10.
(2) Cod. pén., art. 177 et suiv.
(3) Cod. pén., art. 179.

3.

putation, lesquels doivent aussi être considérés comme une mise. »

Cette opinion, qui d'ailleurs n'est pas en opposition avec ce qui précède, rencontra de la résistance. M. Treilhard et M. Berlier pensèrent qu'elle ne devait être admise qu'avec certaines restrictions. (1)

Il est incontestable que si, dans une société, on voit figurer le nom d'un homme honorablement connu, la confiance publique qu'il attire doit rendre les opérations plus nombreuses, plus faciles et plus lucratives. D'ailleurs, celui qui consent à figurer ainsi, comme membre d'une association, promet implicitement sinon un concours actif, du moins une certaine surveillance, et il partage avec ses co-associés la responsabilité: le nom peut donc être, dans beaucoup de cas, considéré comme une mise sociale sérieuse.

Mais si, au moyen de combinaisons dont il y a plus d'un exemple, ni concours, ni surveillance, ni responsabilité, ne sont imposés à l'associé qui donne son nom, y aurait-il véritablement de sa part mise en commun d'une chose appréciable, et par conséquent la société serait-elle valablement formée? Je ne le pense pas. Pour ne point laisser de doute sur l'espèce, dont je présente la solution et sur les raisons par lesquelles je me détermine, il est utile de choisir un exemple. Je suppose qu'entre deux personnes soit intervenue une

(1) M. Locré, tome XIV, page 491.

convention portant qu'elles s'associent pour le débit d'une chose confectionnée par l'une d'elles ou lui appartenant, et que l'autre donne son nom qui peut rendre la vente plus facile et plus avantageuse; ne s'obligeant d'ailleurs à aucun travail personnel, à aucun soin pour l'amélioration de la chose mise en société. Évidemment la dernière n'apporte rien; elle se prête à une fraude; elle induit le public en erreur, en présentant comme sienne une œuvre à laquelle elle est étrangère. Par ce double motif, l'association doit être déclarée nulle. Il est indifférent que, sous la protection du nom connu et estimé, la société obtienne des bénéfices qu'elle n'aurait point réalisés, sans cette influence. On ne doit point juger de la validité des conventions par les résultats qu'elles produisent: cette doctrine relâchée, que la fin justifie les moyens, n'a jamais été enseignée par les jurisconsultes. L'appui d'un personnage puissant peut aussi procurer des bénéfices considérables, et cependant les auteurs ont, nous l'avons vu, unanimement refusé au crédit de cette espèce, le caractère de mise sociale. « En thèse générale, disait M. Berlier, un *nom* isolé de tout acte de la personne est une chose fort abstraite, au lieu que l'industrie est une chose positive, à laquelle il convient de s'arrêter. » (1)

Rarement la convention dont j'examine ici le mérite, se présentera à l'examen des tribunaux,

(1) M. Locré, tome XIV, page 491.

sans déguisement. Presque toujours on cherchera à dissimuler l'inanité d'un pareil apport social, en feignant que la concession du nom emporte transmission d'une clientèle, ou en y ajoutant un simulacre de collaboration; mais les magistrats sauront bien déjouer ces ruses, qui, au surplus, montrent que ceux-là mêmes qui les emploient ont conscience du vice de leurs combinaisons. Lors donc que le juge verra que véritablement l'associé a donné sa clientèle, ses relations, son concours, il décidera qu'il y a mise valable et société sérieuse; lorsque, au contraire, sous l'apparence d'un apport réel, il n'apercevra que le *nom abstrait*, il annullera la convention.

21. Ce serait ici le lieu de traiter la question de savoir si les offices, dont la transmission à prix d'argent a été autorisée par la loi du 28 avril 1816, peuvent être l'objet d'une société. Je crois cependant devoir en renvoyer l'examen à la fin de ce paragraphe. Les principes que je vais avoir l'occasion de développer en rendront la solution plus facile et plus sûre. (1)

22. Ce n'est pas toujours la pleine propriété des choses qui est mise en société; on peut n'y mettre que leur jouissance ou leur usage (2); et l'on comprend que la position des associés doit être fort différente, selon qu'ils se sont entièrement dépouillés de la propriété, ou qu'ils ont borné leur apport

---

(1) Voy. *infrà*, n° 59.
(2) Cod. civ. art. 1841.

à l'usage ou à l'usufruit. Cette différence se manifeste notamment, au cas de perte de la chose, et lorsqu'on procède au partage à la fin de la société. (1)

23. Les associés ne sont point tenus d'apporter des mises égales ou homogènes. Très fréquemment elles sont distinctes, autant par leur quotité que par leur nature; et il est bon que cela soit ainsi; il est utile que l'un apporte de l'argent, l'autre son industrie, celui-là des immeubles, celui-ci des instrumens d'agriculture; que la science s'unisse à la force physique, l'esprit à la matière. Par ce contact, ce mélange d'élémens divers, les choses stériles sont fécondées, et la puissance de celles qui sont productives se développe et s'accroît. *Societatem, uno pecuniam conferente, alio operam, posse contrahi magis obtinuit.* (2)

24. Toute société doit avoir un objet licite; c'est la règle générale, le droit commun. Ainsi le contrat serait nul, si les choses mises en commun étaient déshonnêtes, ou si les moyens d'exploitation étaient contraires aux lois ou aux bonnes mœurs. « La convention, dit Pothier, par laquelle des personnes s'associeraient ensemble pour faire un commerce de contrebande est nulle, aussi bien que celle par laquelle des personnes s'associeraient

---

(1) *Voy.* art. 1851 et 1867. Voy. *infrà,* chap. III et IV.

(2) L. 1. *Cod. pro. socio. Inst. lib. III, tit. XXXVI,* § 1. De nos jours on comprend mieux qu'autrefois, tout ce que peuvent produire l'activité et l'intelligence; mais les anciens auteurs reconnaissaient qu'elles étaient souvent des mises non moins utiles que les capitaux. *Autant en ce cas*, dit Bouteiller, *est prisé le sens et la peine que l'argent.*

pour exercer l'usure, ou pour tenir un mauvais lieu, ou pour voler. » (1)

L'ouvrage intitulé : *Conférences ecclésiastiques sur l'usure* s'attache à montrer le vice de pareilles conventions dans les termes suivans (2). « Voici les règles qui rendent les contrats de société justes et licites. La première, dit Sylvius, est qu'on ne peut faire de société que d'une affaire honnête et licite; toute société contraire à cette règle serait criminelle et par conséquent de nulle valeur. La raison en est très claire, c'est que la société ne peut pas subsister pour les choses défendues et mauvaises, parce qu'elles ne peuvent pas unir ni lier les associés. Personne ne peut ni ne doit s'obliger de faire le mal, ni de commettre des injustices, de sorte que s'il se rencontrait que des personnes se fussent associés pour des choses semblables, ce ne serait pas une société véritable; mais ce serait un brigandage défendu par les lois. » (3)

J'ai déjà cité comme société, dont l'objet serait illicite, celle dans laquelle l'un des associés apporterait pour mise son influence et la faveur dont il jouit, ou son nom seul sans clientelle et sans industrie. On peut en ajouter beaucoup d'autres; notamment, depuis que la traite des noirs est sévèrement prohibée, la société formée pour se livrer à ce trafic serait atteinte d'un vice radical.

(1) De la Société, n° 14.

(2) Tome II, page 10.

(3) *Voy.* L. 53 et 57. ff. *Pro socio;* l. 1, § 14. ff. de *tut.* et *rat. dist.* l. 35, § 2, ff. *de cont. empt.*

25. Les conventions nulles n'engendrent aucune obligation, ne créent aucun droit, ne produisent aucune action. Cette règle s'applique avec rigueur, surtout lorsque la nullité est fondée sur ce que la cause du contrat est illicite, ou que la chose qui en est l'objet est déshonnête. Néanmoins, et quelque louable que soit le sentiment qui porte à refuser toute force à des conventions honteuses, à mulcter sans pitié ceux qui les ont formées; il ne faut point s'y livrer avec trop de vivacité; on pourrait se laisser entraîner à des solutions erronées. D'ailleurs, presque toujours, la peine infligée à l'un des contractans produira un bénéfice pour l'autre; l'on manquerait donc le but, par l'excessif desir de l'atteindre.

26. Si la nullité d'une société est proposée, les choses étant encore entières, chacun reprendra son apport; tout sera remis au même et semblable état qu'avant le contrat; c'est ce qu'il faudrait toujours faire, si cela était toujours possible (1).

27. Lorsque la société aura été mise en activité, si elle a produit des bénéfices, ils resteront à l'associé qui les aura perçus. Les autres ne pourraient venir en réclamer leur part qu'en argumentant de la convention; or, une réclamation ayant une pa-

(1) « On demande, si une convention illicite oblige lorsque la chose est en son entier, et qu'il n'y a encore rien d'exécuté ? Il est certain que non; et que l'une et l'autre des parties doit alors rompre son engagement. » Pufendorf, Traduction de Barbeyrac, liv. III, chap. VII, § VII.

reille base n'est pas de nature à être admise en justice. Il arrivera, il est vrai, que l'un des contractans, aussi coupable que les autres, aura tout l'avantage qu'il pouvait attendre de l'exécution du contrat, et même au-delà. Ce résultat est sans doute bizarre; mais il faut absolument l'admettre, ou accorder aux autres associés une action dérivant du contrat, c'est-à-dire donner force et effet à une convention illicite; ce qui est impossible. *Porrò autem si et dantis et accipientis turpis causa sit, possessorem potiorem esse : et ideò repetitionem cessare, tametsi ex stipulatione solutum est.* (1)

28. Par réciprocité, si des pertes ont été éprouvées, celui qui les aura supportées seul n'aura pas le droit d'exiger qu'elles soient réparties entre tous.

29. Lorsque la répartition des bénéfices ou des pertes aura été faite, elle devra être maintenue. Comment l'un des associés pourrait-il, sous prétexte que la société est nulle, demander à ses co-associés la restitution de leurs parts dans les bénéfices, pour se les approprier, ou prétendre qu'ils doivent supporter toutes les pertes, et que seul il doit en être indemne! (2)

30. M. Toullier n'adopte pas cette doctrine d'une manière absolue; il distingue entre les sociétés qui

---

(1) L. 8, ff. *de cond. ob. turp. caus.* et l. 3, *eod.* Pothier, des Obligations, n° 43. M. Toullier, tome VI, n° 126.

(2) L. 53 et 54. ff. *Pro socio.* Pothier, de la Société, n° 36.

ont un objet véritablement criminel et celles qui sont seulement en contravention avec les lois purement civiles et les réglemens arbitraires; il pense que ces dernières lient les associés, nonobstant la prohibition des actes qui ont procuré les bénéfices, ou causé les pertes. « Si nous avions formé, dit-il (1), une société pour faire la contrebande, et que nous eussions été condamnés à l'amende, nous n'en serions pas moins obligés de nous tenir compte des gains et des pertes pendant que la société a duré; car on tient pour maxime (2), en cette matière, que lorsque les deux parties, ou celle qui est punissable a satisfait à la loi, en payant l'amende, ou en subissant la peine prononcée contre la contravention, l'engagement pris en fraude des lois purement civiles et des réglemens arbitraires est valable de contractant à contractant. Il y a, dit Barbeyrac, des conventions que les lois défendent, mais qu'elles laissent pourtant subsister lorsqu'elles sont faites contre leur prohibition; pourquoi n'y en aurait-il pas qui demeurent valides entre les parties, quoique la loi les annulle autant qu'il est en elle? »

Ce système est ingénieux; il établit différens degrés d'illégalité, et admet, en quelque sorte, une échelle de pénalités correspondantes à la criminalité des actes; réservant pour les uns toute la rigueur des principes, et l'atténuant pour les autres. On comprend très bien qu'il séduise au premier

---

(1) Tome VI, n° 127.

(2) Barbeyrac, sur Pufendorf, liv. III, chap. VII, § 6, note 2.

moment. La réflexion démontre qu'il ne doit pas être accueilli.

L'article 1131 déclare, que l'obligation sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet; et, certainement, il parle bien des effets entre les parties contractantes; puis, l'art. 1133 ajoute, que la cause est illicite, *quand elle est prohibée par la loi*, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.

Or, il faut bien avouer que la loi défend de se livrer à la contrebande; d'où il suit invinciblement que la société formée entre des fraudeurs ou des contrebandiers, non-seulement expose les associés à des peines pécuniaires et corporelles; mais en outre ne peut produire aucun effet entre les contractans. Il y a même ceci de remarquable, que presque tous les auteurs, lorsqu'ils veulent donner des exemples de sociétés ayant pour objet des opérations illicites, citent celles qui sont formées pour faire la contrebande (1); et aucun ne dit qu'elles produiront leur effet entre les parties. C'est évidemment la pensée opposée qu'ils ont dans l'esprit.

D'ailleurs, la distinction serait souvent fort difficile à appliquer. Avec nos mœurs un peu relâchées, comment déterminer la limite entre les faits essentiellement criminels, et les actes contraires aux réglemens arbitraires? serait-ce la sévérité du châtiment qui servirait à l'établir? Distinguerait-on entre les peines de police, correctionnelles, afflictives ou infamantes, corporelles, ou pécu-

(1) Pothier, n°s 14 et 36.

niaires? On ne saurait sérieusement y songer. S'en remettrait-on à l'appréciation de l'opinion publique? Ce serait, évidemment, adopter une règle incertaine, mobile, soumise aux influences les plus diverses et souvent les plus fâcheuses. Il faut donc s'en tenir au principe général et absolu, qui refuse tout effet aux actes contraires aux prohibitions de la loi, soit que la sanction des prohibitions consiste seulement dans la nullité prononcée par la loi civile, soit qu'elle se trouve écrite dans la loi pénale.

31. Les associés qui, d'après ce système, ne pourront point réclamer leur portion dans les bénéfices perçus par l'un d'eux, seront-ils du moins fondés à exiger la restitution des choses mises en société, des capitaux qui auront servi à la spéculation et amené des profits? Le passage suivant de Pothier résout affirmativement la question. « Si l'un des associés avait fait la contrebande et qu'il eût un magasin de marchandises de contrebande, les associés n'ont pas d'action pour l'obliger à les apporter à la société ou à compter du profit qu'il fait dans ce commerce. Les raisons ci-dessus rapportées et les lois qui leur défendent de prendre part à un tel commerce résistent à cette action. Ils ont seulement action pour lui faire rapporter l'argent qu'il aurait tiré de la caisse commune pour faire ce commerce, n'ayant pas eu le droit de l'en tirer pour en faire un tel emploi. » (1)

---

(1) De la Société, n° 36.

A la vérité, l'espèce dans laquelle se place Pothier, n'est pas celle sur laquelle je viens de m'expliquer. Il ne suppose pas qu'il y ait eu une association formée pour faire la contrebande; il prévoit le cas, où l'un des associés aurait pris pour des opérations de contrebande une somme d'argent, dans la caisse d'une société ayant un but licite. Il y a par conséquent, entre les deux hypothèses, cette différence que, dans l'une, l'associé a pris l'argent de la société, sans le consentement de ses co-associés; et que, dans l'autre, c'est en exécution de la convention qu'il a reçu les fonds et qu'il en a fait usage. Néanmoins, la convention étant nulle, il faut dire, avec Pothier, malgré la différence des positions, que l'un des associés n'a pas eu le droit de prendre l'argent des autres; qu'il doit le leur restituer, en gardant pour lui les bénéfices.

Cette distinction entre les bénéfices et les capitaux repose sur une idée aussi juste que simple. Pour obtenir les premiers, il faudrait réclamer l'exécution du contrat, faire reconnaître et sanctionner par la justice l'existence d'une société illicite: cela ne se peut. Pour justifier la revendication des sommes formant la mise sociale, il suffit de dire que l'associé qui les a reçues et qui les a encore, est sans droit à les conserver. On se fonde alors uniquement sur le fait de la remise. Loin d'invoquer la convention, on la considère comme n'ayant point existé, comme ne devant produire aucun effet.

32. Si au moment où les rapports cesseront entre les contractans, il reste une chose commune

à tous, il faudra nécessairement procéder à un partage; mais ce ne sera point d'après les bases établies dans la convention que les lots seront formés; car, on ne peut admettre l'existence de la société. On agira donc, comme si une communauté de fait avait eu lieu, indépendamment de toute stipulation; et l'on consultera l'équité seule, pour déterminer ce qui doit revenir à chacun.

33. La plupart des auteurs font remarquer que la société place toujours ceux qui la forment en état de communauté; mais souvent une communauté s'établit, qui n'a point pour origine un contrat de société.

« Lorsqu'une succession est échue à plusieurs héritiers, dit Pothier (1), ou qu'un legs a été fait conjointement à plusieurs légataires, il y a une communauté de succession entre ces héritiers; il y a entre ces légataires une communauté des choses qui leur ont été léguées; mais il n'y a pas entre eux de société. Cette communauté n'est pas un contrat, mais c'est un *quasi-contrat* qui forme, entre les personnes entre lesquelles les choses sont communes, des obligations semblables à celles qui naissent du contrat de société. »

Si véritablement toute la différence entre la communauté et la société consistait dans leur origine; si les effets en étaient les mêmes; si les rap-

---

(1) De la Société, n°. 2.

rait pas obligé de rapporter à la masse ce qu'il a reçu pour sa part, à moins qu'il n'eût été préposé par ses co-héritiers ou co-légataires pour faire le recouvrement des dettes de la succession, auquel cas il ne devrait pas se faire payer préférablement aux autres. *En cela, les quasi-associés sont différens des associés.* »

Il renvoie d'ailleurs au n° 122, où il explique pourquoi la position des communistes est autre que celle des associés; il y fait remarquer que des co-héritiers ne sont point réciproquement engagés à gérer les affaires de l'hérédité, dans l'intérêt commun et par conséquent à recevoir les sommes dues par les débiteurs de la succession; tandis que l'obligation d'administrer les affaires de la société est ordinairement imposée à chacun des associés; et qu'ainsi chacun peut et même doit faire les recouvremens des créances sociales. D'où il conclut avec raison que l'associé n'est pas libre, comme le co-héritier, de songer à son seul intérêt, de recevoir sa part dans la créance commune, sans s'occuper de celle des autres.

Cette solution et le principe sur lequel elle est fondée, sont en harmonie parfaite avec la législation nouvelle. D'une part, l'article 1220 du Code civil déclare, en termes formels, que les créances actives de la succession se divisent entre les héritiers, de telle sorte que chacun ne peut les réclamer que pour la part dont il est saisi, ce qui lui donne le droit incontestable de conserver ce qu'il reçoit en paiement. D'un autre côté, l'article 1849 veut que, lorsqu'un des associés a reçu

sa part entière de la créance commune, et que le débiteur est depuis devenu insolvable, cet associé soit tenu de rapporter à la masse commune ce qu'il a reçu, encore qu'il eût spécialement donné quittance *pour sa part.*

Cela résulte évidemment de ce que chaque associé est, de droit, administrateur des affaires de la société (1), et que chaque cohéritier ne l'est point des affaires de la succession.

36. Ainsi, non-seulement un même fait produit des résultats différens, selon qu'il émane d'un communiste ou d'un associé; mais, et c'est là ce qu'il importe de remarquer, la communauté et la société sont soumises, relativement à leur administration, à deux principes opposés.

37. Cette observation montre que ce n'est pas seulement par leur origine qu'elles sont séparées; elle fait comprendre que ce n'est pas assez d'admettre qu'elles peuvent, accidentellement et dans quelques cas rares, produire des résultats dissemblables; elle révèle entre elles une différence essentielle, capitale, qui bien comprise peut servir à lever plusieurs difficultés.

Par exemple, l'article 1848 contient une disposition ainsi conçue : « lorsqu'un des associés est pour son compte particulier créancier d'une somme exigible envers une personne qui se trouve aussi devoir à la société une somme également exigible, l'imputation de ce qu'il reçoit de ce débiteur doit se faire sur la créance de la société et sur la

(1) Art. 1859.

sienne dans la proportion des deux créances, encore qu'il eût par sa quittance dirigé l'imputation intégrale sur sa créance particulière : mais s'il a exprimé dans sa quittance que l'imputation serait faite en entier sur la créance de la société, cette stipulation sera exécutée.

Le principe, que chaque associé est administrateur des choses de la société, conduit à ce résultat. Il ne permet pas qu'un associé s'occupe exclusivement du recouvrement qui l'intéresse seul, et qu'il néglige celui qui regarde la société. Au contraire, le cohéritier, ou en général le communiste, qui n'est pas lié par une semblable obligation, peut, s'il lui plaît, se faire rembourser sa créance particulière, exiger même le paiement de sa portion dans la créance commune, sans se mettre en peine de ses co-intéressés.

38. Il faut donc admettre, chez les associés, un pouvoir ou plutôt un devoir, quant à l'administration des choses sociales, qui n'existe point chez les communistes, pour l'administration des choses communes. Déjà l'on a vu quelques-unes des conséquences qui dérivent de cette distinction ; il en est une foule d'autres qui se présentent d'elles-mêmes à l'esprit. Ainsi, on décide que lorsqu'une chose est indivise, elle ne peut être valablement louée qu'avec le concours de tous les propriétaires, que l'un d'eux n'a pas le droit de louer isolément sa part et, à plus forte raison, la chose entière (1). Mais on devrait tenir pour valable le

(1) Tome XVIII (IIIe de ma Continuation), n° 87. Questions de droit, v° *Location*.

bail d'un immeuble appartenant à une société, quoiqu'il fût consenti par un seul associé; car un bail est un acte d'administration.

39. Si, d'ailleurs, l'on veut réfléchir à la manière dont se forment les sociétés, au but que se proposent les associés, à la position dans laquelle ils sont placés, et qu'on les compare aux causes qui produisent la communauté, à son résultat, et à la situation des communistes, on s'explique très-bien les différences qui viennent d'être indiquées. La formation d'une société est non-seulement un acte spontané de la volonté, mais encore un témoignage de confiance réciproque. Il est tout naturel que chacun obtienne de ses co-intéressés et qu'il leur accorde le pouvoir d'administrer la chose commune. C'est donc avec raison que le législateur admet que telle a été l'intention des contractans (1). Entre communistes que le hasard unit, rien ne justifie une pareille supposition.

40. Cependant la communauté, qui le plus souvent naît d'un fait indépendant de la volonté de ceux entre qui elle est établie, résulte aussi quelquefois de leur consentement exprès. Lorsque plusieurs achètent en commun une chose, ils sont en communauté parce qu'ils l'ont voulu. Ils ne sont pas associés pour cela, car leur but est d'obtenir, au moyen d'un partage plus ou moins prochain, leur quote-part dans la chose commune. Ils ne se proposent pas, comme les

(1) *Voy.* cependant ce qui a été dit, *suprà*, n° 7, sur l'organisation de la société, quant à l'administration.

associés, de rester dans l'indivision, de faire résulter des bénéfices de la confusion de leurs intérêts, et de les partager entre eux. Si telle était leur intention, il y aurait non pas seulement communauté, mais société véritable. On comprend que le droit d'administrer ne soit pas réciproquement attribué à ceux qui n'ont en vue ni l'exploitation d'une chose commune, ni la perception des bénéfices qu'elle peut produire; dont le but principal est la division de cette chose; et qui ne considèrent que comme accessoire et purement accidentel le partage des revenus. Sans doute, il pourra être nécessaire de faire quelques actes conservatoires, pendant la durée de l'indivision; si l'un des communistes les exécute seul, sa conduite et la validité des actes pourront être justifiés par leur utilité; mais on le considérera comme un *negotiorum gestor*, tandis que chaque associé est, à l'égard de ses associés, un mandataire qui ne peut, ni être dépouillé par eux de son mandat, ni s'affranchir des obligations qu'il lui impose. Ceci montre toute la différence qui existe entre l'associé et le communiste, et l'on voit qu'elle prend sa source dans l'essence même du contrat de société.

Pothier, qui a eu le tort de dire et de répéter que la communauté et la société ne se distinguent que par leur origine, et que tous leurs effets sont identiques (1), a cependant très bien saisi la nuance importante que je viens de faire re-

(1) De la Société, n° 184.

marquer, lorsqu'il s'est occupé des actions qu'elles produisent. Il rappelle que les actions qu'a chacun des quasi-associés contre ses quasi-associés sont, entre cohéritiers l'action *familiæ erciscundæ*, entre toutes les autres espèces de quasi-associés, l'action *communi dividundo;* il ajoute que, dans nos usages, ces actions sont entièrement semblables; mais qu'elles diffèrent de l'action *pro socio.* « Celle-ci, dit-il, est une action entièrement personnelle, qui naît des obligations du contrat de société : les actions *familiæ erciscundæ* et *communi dividundo* sont de celles qu'on appelle mixtes. Elles tiennent lieu de l'action réelle, en ce qu'elles tendent à réclamer, à revendiquer en quelque façon, et à faire déterminer la part qu'a le demandeur dans les choses communes. Elles tiennent aussi de l'action personnelle, en ce qu'elles naissent des obligations que la communauté forme entre les quasi-associés. »

Il ajoute que chacun des cohéritiers ou autres quasi-associés peut intenter cette action contre tous ses cohéritiers ou autres quasi-associés; qu'un seul a le droit de faire ordonner le partage, quand même tous les quasi-associés voudraient demeurer en communauté; par suite de ce principe que *in communione nemo compellitur, invitus detineri l. 5. Cod. comm. divid.*

41. Toutefois, il fait remarquer que cette règle souffre une exception, à l'égard des murs communs qui font la séparation de deux maisons voisines, et des autres choses communes entre deux voisins, qui sont absolument nécessaires pour l'usage de

leurs maisons, tels qu'une allée commune, un escalier qui sert de passage aux deux maisons, un puits commun.

La mitoyenneté et la jouissance en commun de certaines choses également nécessaires à deux voisins ont en effet un caractère particulier; ceux entre qui existent ces rapports ne sont pas des communistes ordinaires, car leur but n'est point le partage de choses communes; ils ont en vue au contraire l'avantage que leur offre l'état d'indivision. Néanmoins, on ne doit pas les considérer comme de véritables associés, et assimiler la jouissance d'une chose laissée en commun à la perception des bénéfices produits par un objet mis en société. L'idée de bénéfices est corrélative à celle de pertes; elle suppose une liquidation, une comparaison de l'actif social, au jour de la dissolution de la société, avec l'actif tel qu'il était au moment du contrat (1). Et certainement tout cela est bien loin de la pensée de deux propriétaires voisins, qui ont un droit de mitoyenneté sur un mur une haie ou un fossé, ou qui se servent ensemble d'un escalier ou d'un puits.

On trouve ces idées heureusement résumées dans les premiers mots du discours prononcé au corps législatif, par M. Gillet orateur du tribunat.

« Le sujet de la société, disait-il, est quelque chose que la convention a mise en commun entre plusieurs personnes. Ainsi, tous les engagemens

---

(1) Voy. *suprà*, nos 15 et 16.

dont il résulte quelque communauté *sans convention*, tels que sont ceux de l'hérédité indivise et du voisinage, sont étrangers à la matière des sociétés.

« Enfin, l'espoir de partager le bénéfice que la chose commune pourra produire, est la vue intentionnelle qui dirige ce contrat. Ainsi, il ne faut pas non plus y comprendre plusieurs sortes de communautés qui ont un autre objet plus direct. Par exemple, la communauté de biens entre époux a pour but principal l'indivisibilité des intérêts conjugaux, bien plus que le partage des bénéfices. De même le bail à cheptel, les baux à portion de fruits sont bien, sous plusieurs rapports, de véritables associations; mais leur premier objet est d'abord la facilité des exploitations agricoles » (1).

42. Si, malgré la copropriété d'une chose, malgré la perception en commun des avantages qu'elle produit, il peut se faire qu'il n'y ait point de société entre ceux qui sont unis par de semblables rapports, à plus forte raison, en est-il de même d'une simple communauté d'intérêts, qui n'a point pour fondement une copropriété, et qui ne consiste point dans une participation à des fruits ou bénéfices résultant de l'indivision.

Ainsi, selon M. Pardessus, les personnes qui forment entre elles une assurance mutuelle de leurs immeubles ou des fruits de ces immeubles,

(1) M. Locré, tome XIV, page 549.

contre l'incendie, la grêle, les gelées, ne forment pas, à proprement parler, une société; elles n'ont ni l'espoir ni la possibilité de bénéfices; elles se bornent à mettre en commun la chance des pertes de chaque individu, et la promesse de tous d'en supporter leur contingent. (1)

« De même, ajoute-t-il (2), on ne doit point confondre avec les sociétés les tontines que nous avons vu, n° 44, être un genre de réunion formée de rentiers qui conviennent que les parts des prémourans profitent en tout ou partie aux survivans. Une tontine ne présente ni travail ni produit. C'est une simple convention, par laquelle les co-intéressés sacrifient à la chance d'un avantage personnel ce qu'ils auraient pu laisser à leurs héritiers. Le travail des administrateurs consiste à assurer l'exécution de cette convention; il ne produit et ne rapporte aucun profit social. La somme des capitaux, une fois déterminée, reste toujours la même; l'industrie, le temps, les spéculations n'y peuvent rien changer; seulement, les chances de survie, chances qui ne dépendent ni du travail ni d'aucune industrie commerciale, favorisent quelques-uns des co-intéressés par des bénéfices indépendans des volontés et des efforts humains. »

A la vérité, ces sortes d'agrégations sont soumises aux mêmes autorisations que les sociétés

(1) Cours de droit commercial, tome IV, n° 969.

(2) *Loc. cit.*

anonymes, et quelques-unes même sont qualifiées de *sociétés* par les ordonnances qui en permettent l'établissement; mais il faut reconnaître, avec M. Pardessus, que l'autorisation est exigée par des motifs d'ordre public qu'indiquent les avis du conseil d'état du 1er avril et du 15 octobre 1809 (1), et que cette circonstance ne peut établir une identité que repousse la nature des choses.

43. On comprend aisément que les compagnies d'assurances à prime forment au contraire de véritables sociétés. Ceux qui mettent en commun des capitaux, pour assurer des risques de quelque nature que ce soit, et pour profiter du bénéfice que présentera l'excédant des primes sur le montant des sinistres, forment un contrat dans lequel sont évidemment réunis tous les caractères de la société; mises, chances de bénéfices et de pertes; et enfin participation aux uns et aux autres, dans la proportion des mises.

44. Il est quelquefois extrêmement difficile de distinguer la simple communauté d'intérêts, de la participation à des bénéfices sociaux; et si, dans les exemples dont je viens de parler, M. Pardessus montre la nuance qui existe entre elles, c'est en s'attachant aux circonstances particulières à chaque espèce, et non par l'application d'une règle générale qui domine toutes les hypothèses qui peuvent se présenter à l'examen des juriscon-

---

(1) *Voy.* ces actes dans ma collection des lois, à leur date.

sultes. Ces solutions isolées, ces explications partielles, ces aperçus circonscrits dont se contente fort bien l'intérêt privé, qui n'a besoin que d'une réponse à la question qui le touche, sont, il faut l'avouer, d'un médiocre secours pour la science. Voyons donc s'il n'est pas possible de présenter quelques vues étendues, quelques idées générales sur cette matière.

45. D'abord, il importe de signaler des espèces qui fassent bien sentir toute la difficulté du problème.

Pothier examine le cas prévu par la loi 44 ff. *pro socio*; c'est celui où une personne en charge une autre de vendre des pierres précieuses, à la condition que celle-ci ne les donnera point au-dessous d'un certain prix, et qu'elle aura pour elle tout ce qui excédera le prix ainsi déterminé (1). Il pense que cette convention est une société, quoique la participation aux bénéfices, pour l'un des associés, soit subordonnée à la quotité à laquelle s'élèveront les bénéfices. A ses yeux, l'incertitude sur le caractère du contrat résulterait seulement de l'éventualité à laquelle se soumet l'une des parties; et il décide que, nonobstant la chance qu'elle consent à courir, il y a société. Sans doute il ne suffit pas que la participation aux bénéfices soit conditionnelle, pour que le contrat change de nature. Mais ce contrat est-il une société? C'est là

---

(1) *Si margaritæ tibi vendendæ dedero, ut si ea decem vendidisses, redderes mihi decem; si pluris, quod excedit tu haberes, mihi videtur, si animo societatis contrahendæ id actum sit, pro socio esse actionem.*

ce qui est considéré par Pothier, comme un point hors de contestation ; pourvu que les parties aient eu l'intention de s'associer, *si animo societatis contrahendæ id actum sit*. C'est là, au contraire, ce qui me semble douteux. Ne serait-il pas aussi raisonnable d'admettre que le propriétaire des pierreries a donné à celui avec lequel il a traité un mandat salarié, et que le salaire consiste dans la somme excédant celle qui a été fixée, comme *minimum* du prix de la vente ?

Non, dira-t-on vraisemblablement. On ne peut voir un mandat dans la convention, puisqu'on suppose qu'il y a eu volonté, de la part des contractans, de faire une société.

Cette réponse n'est pas aussi péremptoire qu'elle paraît l'être.

De ce que des parties ont eu vaguement l'intention de s'associer, il ne s'ensuit pas qu'elles sont associées. Il faut de plus que leur intention ait reçu les développemens convenables, c'est-à-dire que tous les rapports qui doivent exister entre associés soient établis entre elles ; que tous les effets que doit produire une véritable société, résultent de leur convention. La solution est donc subordonnée à la nature de ces rapports et de ces effets.

46. Voici un autre exemple, dans lequel le caractère du contrat ne se révèle point non plus d'une manière bien claire. Il est fourni par la loi 58 ff *pro socio*. « Vous avez trois chevaux, dit Ulpien, et moi j'en ai un ; nous avons contracté ensemble une société, et il a été convenu que je vous

livrerai mon cheval, que vous vendrez le quadrige, et que vous me donnerez le quart du prix de la vente. Si mon cheval meurt avant la vente, selon Celsus, la société ne continue point à exister; vous ne me devrez point une partie du prix de vos chevaux; car la société n'a pas été formée dans le but de conserver le quadrige, mais dans l'intention de le vendre. Si au contraire il avait été convenu que l'on composerait le quadrige, qu'il deviendrait commun, que vous en auriez les trois quarts et moi le quart; sans aucun doute, malgré la mort de mon cheval, nous restons associés.

Les solutions que présente ce texte sont incontestables; mais il suppose que, dans les deux conventions sur lesquelles il s'explique, il y a également société; cependant elles diffèrent essentiellement, l'une de l'antre. Dans la seconde, les chevaux sont mis en société, ils forment une propriété commune, dont les bénéfices se partagent proportionnellement aux mises. Dans la première, rien n'est mis en commun, ni les chevaux, ni leur jouissance, ni leur usage; il n'y a point de copropriété entre les parties; chacune conserve sa propriété exclusive et distincte. Comment des élémens si différens constitueraient-ils un même contrat? Quel est, au surplus, le signe qui montre que ces individualités, si bien tranchées, ne sont que des variétés d'un même genre, des membres d'une même famille?

47. La loi 52 ff *pro socio* offre une espèce qui peut aussi faire naître une grande incertitude. Pothier la reproduit dans ces termes : « Ayant eu

convention avec mon voisin qu'il acheterait un héritage qui était à vendre dans notre voisinage, dont il me céderait une certaine partie contiguë à mon héritage et qu'il en retiendrait le surplus; ayant ensuite fait moi-même l'acquisition de cet héritage, on demande si le voisin est fondé à former contre moi l'action *pro socio*, pour que je lui fasse part de cette acquisition? Julien répond que cela dépend de l'intention que nous avons eue en faisant cette convention. Si notre intention était de faire cette acquisition, pour en faire chacun notre profit, la convention est un contrat de société qui donne au voisin cette action. Mais si notre intention était seulement qu'il fît cette acquisition pour me faire plaisir, la convention n'est qu'un *mandat* qui, n'ayant pas été par lui exécuté, ne lui donne aucune action. » (1)

Il est évident que l'intention des parties exerce une grande influence sur les effets de leur convention; il est incontestable que, si elles ont entendu acheter dans leur intérêt commun, chacune pourra réclamer sa portion dans l'objet de l'acquisition. Y aura-t-il pour cela entre elles une véritable société? La loi romaine et Pothier résolvent affirmativement la question; mais ils ne disent point les raisons sur lesquelles ils se fondent pour qualifier ainsi un contrat, qui pourrait bien ne présenter que les caractères du mandat, ou n'avoir fondé qu'une communauté.

---

(1) De la Société, n° 11.

48. Enfin, il y a un usage fort répandu parmi les commercans, qui consiste à donner, à titre d'appointemens, à leur commis ou employés, une quote part des bénéfices de leur commerce. Cette stipulation semble, au premier coup-d'œil, réunir tous les élémens de la société; elle a d'un autre côté, beaucoup d'analogie avec le mandat salarié. On comprend combien il est utile de savoir à laquelle de ces deux classes de contrats elle appartient réellement.

49. Il est inutile de citer d'autres exemples. Ceux que je viens de présenter montrent assez qu'il est très difficile de démêler le véritable caractère de ces conventions qui paraissent participer également de la société, du mandat salarié, et du louage d'ouvrage. Recherchons maintenant les principes qui doivent diriger dans cette appréciation.

La définition qui a été précédemment donnée du contrat de société, me semble jeter sur ces délicates questions une lumière suffisante. Elle présente deux idées principales; elle montre dans le contrat de société deux élémens essentiels; d'abord, un fonds commun composé des mises particulières; en second lieu, une participation aux bénéfices produits par le fond social ainsi formé. Si donc j'analyse une convention, et que je ne voie point qu'elle ait fait des choses, dont chacun des contractans était propriétaire exclusif, une chose commune à tous, je suis autorisé à conclure qu'elle n'est point une société. Je suis conduit à la même conséquence, quoique un droit de propriété soit établi

par l'effet de la stipulation, si les contractans n'ont point eu en vue de se partager des bénéfices résultant de l'état de communauté qu'ils ont créé.

Il ne suffit donc pas qu'ils aient mis leurs propriétés en contact, sans les confondre, et qu'ils se soient procuré par là certains avantages, pour qu'ils soient associés; il ne suffit pas même, que les propriétés soient confondues, et que cette communication de droits ait accidentellement des résultats profitables; il faut que ce soit précisément en vue de ces résultats que la convention ait été formée.

L'application de ces principes aux diverses hypothèses dont il vient d'être parlé, montre que, dans aucune d'elles, il n'y a société.

5o. Entre le propriétaire de pierreries ou d'autres objets, et celui qui se charge de les vendre, moyennant la portion du prix qui excédera une limite déterminée, il n'y a point de propriété commune. L'industrie de l'un s'exerce sur une chose qui ne cesse point d'appartenir à l'autre. Il n'y a point, à proprement parler, de bénéfice qui se partage entre eux; la somme totale, moyennant laquelle la vente est faite, est le prix des objets vendus; elle est la représentation, d'abord de la valeur intrinsèque de ces objets, et en second lieu des peines, des soins et même des frais qui ont pu être nécessaires pour les faire parvenir à un acheteur. Dans toute vente, le prix se compose de ces deux élémens; lorsque les marchés se concluent, sans intermédiaire entre l'acheteur et le vendeur, ce dernier touche les deux parties du prix; au cas

contraire, l'une est perçue par le propriétaire, l'autre par l'entremetteur.

On devrait en dire autant, alors même que le salaire de l'agent placé entre le vendeur et l'acheteur, consisterait en une certaine quotité du prix, à quelque somme qu'il s'élevât. C'est précisément ce qui se passe, tous les jours, dans les ventes ou autres négociations qui se font par l'intermédiaire de courtiers. La commission ou droit de courtage est de tant pour cent sur le produit des opérations; et l'on n'a jamais songé à voir là des sociétés, parce qu'on a bien senti que la chose dont la vente est faite ne devient point la copropriété du vendeur et du courtier; qu'il n'y a point de bénéfices proprement dits dans une pareille opération, car il n'y a point augmentation de valeur produite par l'effet d'une mise en communauté; que seulement, il y a vente et distribution du prix entre deux personnes qui y ont droit, à titre différent. (1)

51. Lorsque quatre chevaux appartenant à deux maîtres sont réunis pour être vendus, la propriété de chacun restant séparée, il est également évident qu'il n'y a point de société; car il n'y a rien de mis en commun, il n'y a point de copropriété formée par la réunion de propriétés distinctes. A la vérité, la combinaison des contractans a pour but et pour résultat d'augmenter la valeur vénale des choses qui leur appartiennent; mais la société suppose l'existence d'une masse commune de bénéfices, à laquelle chacun vient

---

(1) M. Pardessus, Cours de droit commercial, tome IV, n° 969.

puiser selon son droit. Ici, chacun est resté propriétaire de ce qui lui appartenait avant la convention, il profite seulement de l'excédant de valeur qui est survenu à sa chose.

52. Dans la troisième espèce, où l'on a voulu voir une société, il n'y a réellement qu'un mandat, ou l'établissement d'un état de communauté transitoire. Le fait, sur lequel s'explique la loi romaine citée par Pothier, n'est pas présenté avec une précision parfaite, et lorsqu'on veut indiquer ses conséquences avec l'exactitude convenable, on est obligé d'admettre une distinction.

Si les deux voisins, qui ont eu la pensée d'acheter un fonds placé près de leurs héritages, sont d'accord sur la portion que chacun y doit prendre; celui qui fait l'acquisition agit, pour partie, en son nom personnel, et, pour partie, comme mandataire. Il n'y pas l'apparence d'une société; il n'y a pas même communauté, puisque le partage est fait à l'avance.

Si le lot de chacun n'est pas déterminé, la propriété du fonds sera indivise; mais, on le sait, l'indivision ne suffit point pour constituer la société; elle établit seulement une communauté. Ce n'est pour les contractans qu'un état transitoire; leur but est le partage, et non la perception des bénéfices que la chose commune peut produire. L'avantage que trouve chaque acheteur, dans la réunion à son héritage d'une partie du fonds acquis en commun, n'est pas un véritable bénéfice social. Il est même possible qu'il y ait pour eux perte matérielle dans l'acquisition, que le fonds ne vaille

pas ce qu'ils l'ont payé, et qu'ils aient sciemment fait un marché désavantageux, pour éloigner un voisinage désagréable, ou pour exécuter des améliorations purement voluptuaires. On ne saurait trop insister sur la nécessité de conserver au mot *bénéfices* son sens exact et rigoureux; car c'est parce que l'on regarde *bénéfices* et *avantages* comme des expressions équivalentes, que l'on se méprend sur le caractère d'une foule de conventions. Si toutes celles qui procurent quelques avantages aux contractans étaient des sociétés, cette qualification conviendrait à un nombre infini de contrats.

§ 53. L'arrangement que font les commerçans avec leurs commis, lorsqu'ils donnent à ceux-ci, au lieu d'appointemens, une portion des bénéfices de leur maison, paraît, plus que tout autre, réunir les élémens constitutifs de la société. L'industrie du commis ne forme-t-elle pas sa mise? Ne prend-il point part aux bénéfices, dans la véritable acception du mot? Ne concourt-il pas aux pertes, puisque s'il n'y a pas de bénéfices il perd son travail? Malgré cette réunion de circonstances, les auteurs (1) et les tribunaux (2) déci-

---

(1) M. Pardessus, Cours de droit commercial, tome IV, n° 969.

(2) Arrêts de la Cour de Rouen, du 6 avril 1811; Sirey, 12. 2. 33, et du 28 février 1818; Sirey, 18. 2. 132; de la Cour de cassation, du 31 mai 1831; Sirey-Devilleneuve, 31. 1. 249; Dalloz, 31. 1. 206; de la Cour royale de Paris du 7 mars 1835; Sirey, 35. 2. 235; Dalloz, 35. 2. 95. Un arrêt de la Cour de Lyon du 27 août 1835, a décidé en sens contraire; du moins, il en résulte que la contestation entre le commis intéressé et le chef de la maison doit être jugée par arbitres; et les considérans disent qu'un commis intéressé doit être assimilé, *en tout*, à un associé dans ses rapports avec ses chefs, *en*

dent qu'il ne faut pas confondre un commis intéressé avec un véritable associé. Ils font ressortir les différences qui existent entre leur position et leurs droits. Le commis n'a point, disent-ils, la copropriété du fonds social; il n'en dispose point librement et en maître; il reste soumis à l'autorité et aux ordres de son patron; il peut être renvoyé par lui, sauf dédommagement; il ne participe point aux pertes; il n'est point personnellement tenu envers les tiers; ainsi il n'a ni les prérogatives ni les obligations d'un associé.

Ces observations sont justes; cependant, seules elles ne seraient pas décisives et l'on pourrait, à la rigueur, concevoir un associé réduit, par des conventions particulières, à une situation à-peu-près semblable à celle qui vient d'être décrite.

Rien n'empêche, en effet, de stipuler que les choses mises dans la société resteront la propriété de l'un des associés et que l'administration lui sera exclusivement réservée; que l'autre participera aux pertes, en ne recevant rien pour son travail; et qu'en cas d'insuffisance du fonds social, il ne sera point personnellement obligé au paiement des dettes.

Mais la réunion de ces clauses fort extraordinaires n'établirait pas encore une similitude parfaite entre l'associé et le commis.

---

ce qui concerne son émolument. Ces derniers mots sont restrictifs du sens absolu que présente le commencement de la phrase ; en somme, il est assez difficile de bien déterminer la pensée de la Cour. Dalloz, 36. 2. 181.

D'une part, lors même que les choses mises en société restent la propriété de celui qui les y apporte, leur jouissance au moins est mise en commun (1) et chacun des associés y a droit. Or le commis intéressé n'est point copropriétaire des capitaux de celui qui l'emploie, quoique ces capitaux soient fournis en pleine propriété, et non pas seulement pour la jouissance.

D'un autre côté, l'associé qui donne son industrie comme mise sociale, s'engage à faire un travail déterminé mais indépendant; il a des devoirs à remplir envers la société, mais il n'a point d'ordres à recevoir de ses co-associés. Le commis, au contraire, s'oblige à exécuter la volonté du chef de la maison; il est, relativement à lui, dans un état d'infériorité et de subordination incompatible avec le caractère et les droits d'un associé.

Ce rapprochement qu'il serait facile de pousser plus avant, montre que, sous des apparences semblables, sont cachées des différences bien tranchées; qu'il ne faut pas, encore une fois, voir dans la participation à des bénéfices, un signe infaillible de l'existence d'une société. L'associé et le commis intéressé ont cela de commun, qu'ils sont l'un et l'autre appelés à recueillir une portion de bénéfices; mais la nature de leurs droits et la source à laquelle ils les puisent, n'en restent pas moins distinctes et séparées: l'un participe au gain, parce qu'il est copropriétaire de la chose

---

(1) Cod. civ., art. 1851.

qui le produit; et l'autre, parce qu'il a fait un travail pour lequel on lui a promis cette espèce de salaire.

54. Après ces explications sur des conventions qui semblaient réunir véritablement tous les traits caractéristiques de la société, il n'y a que peu de mots à dire sur quelques autres hypothèses, dont les jurisconsultes ont cru devoir s'occuper.

Est-il besoin de démontrer, avec Pothier, que, « si un marchand par amitié pour sa nièce a eu convention avec elle de lui donner une certaine part, chaque année, pendant un certain nombre d'années, dans le gain qu'il ferait chaque année, sans que pour cela sa nièce fournît rien à son commerce, ni argent ni marchandises, ni travail; cette convention n'est pas un contrat de société, parce que cette nièce n'apporte, ni ne promet d'apporter aucune chose à la société; que cette convention est une pure donation que ce marchand voulait faire à sa nièce d'une part dans les gains qu'il espérait faire dans son commerce » (1)? Cela n'est-il pas incontestable?

Pothier ajoute (2) que la convention n'est pas valable, à moins qu'elle n'ait été faite par contrat de mariage, parceque c'est une donation de biens à venir. C'est une erreur. M. Delvincourt a fort bien fait remarquer que l'acte renferme une donation d'un intérêt dans la société, égal à la part promise dans les fruits, et que cet intérêt étant quelque

---

(1) De la Société, n° 8.

(2) *Loc. cit.*

chose de présent, c'est réellement une donation de biens présens qui est valable; que, puisque cet intérêt pourrait être vendu, on ne voit pas pourquoi il ne pourrait pas être l'objet d'une donation. (1)

55. Les auteurs ont également cru devoir établir qu'il n'y a point de société entre deux laboureurs, qui ayant chacun un bœuf conviennent que l'un d'eux unira le bœuf de l'autre au sien, pendant une semaine, pour labourer son champ, et que, la semaine suivante, il laissera son voisin se servir de son bœuf, pour faire à son tour la même opération sur son fonds (2). Cette convention procure sans doute un avantage aux contractans; mais l'avantage pour chacun ne résulte pas d'une participation à un bénéfice fait en commun; il consiste au contraire dans des profits distincts et successifs. (3)

56. La cour de cassation a aussi refusé de voir une société dans la convention, par laquelle deux commerçans avaient composé de leurs deniers une somme d'argent, pour en jouir alternativement pendant un délai déterminé, et chacun pour son commerce particulier. Elle s'est déterminée par la raison que la bourse commune n'était jamais employée dans l'intérêt commun des parties,

(1) Tome III, notes, page 219; M. Pardessus, Cours de droit commercial, tome IV, n° 983.

(2) M. Duranton, tome XVII, n° 330.

(3) J'ai montré dans le Traité du louage, que ce n'était ni un louage ni un commodat. *Voy.* tome XIX (IV[e] de ma Continuation), n° 247.

qu'elle était alternativement à leur disposition pour leurs affaires particulières. » (1)

Si le labourage était exécuté par les deux bœufs sur un champ, propriété commune des deux voisins ; ou si la somme était employée à une opération faite de compte à demi par les deux négocians, le contrat formé entre eux serait incontestablement une société.

Ces exemples montrent de nouveau que tout avantage, obtenu par suite du rapprochement des choses appartenant à des propriétaires différens, n'est pas un bénéfice social ; ils indiquent surtout clairement ce qui donne ce caractère aux profits qu'on retire d'une convention.

57. En traitant du louage, j'ai exposé en quoi le bail partiaire diffère de la société ; j'ai aussi essayé d'expliquer comment les nuances qui la distinguent du bail à cheptel sont, selon les circonstances et les stipulations accessoires, plus ou moins nombreuses, plus ou moins saillantes ; j'ai montré qu'elles sont quelquefois presque insaisissables et qu'enfin elles s'effacent entièrement dans certains cas, de telle sorte que les deux contrats se confondent. Après de nouvelles méditations sur ce sujet, il me semble que je n'ai rien à modifier dans les principes que j'ai posés et dans les applications que j'en ai faites. (2)

---

(1) Arrêt de la Cour de cassation, du 4 juillet 1826 ; Sirey, 26. 1. 64 ; Dalloz, 26. 1. 403.

(2) *Voy.* tome XVIII (IIIe de ma Continuation), n° 99, et tome XIX (IVe de ma Continuation), nos 87 et 88, 387, 431 et suiv.

58. Lorsque le prêt à intérêt était défendu; pour échapper à la prohibition, on déguisait souvent ce contrat sous l'apparence d'une société, accompagnée de stipulations adroitement combinées qui l'étouffaient à l'instant même de sa naissance. Aujourd'hui, on pourrait encore employer ce moyen pour échapper à la loi répressive de l'usure.

Il est donc nécessaire d'apprécier ces clauses, qui groupées autour d'un contrat de société, ou placées à sa suite, en modifient les effets, en changent le caractère.

L'auteur des conférences ecclésiastiques sur l'usure raconte comment se pratiquait la fraude. « On ne peut mieux expliquer, dit-il, ce que c'est que les trois contrats et l'opinion de ceux qui les favorisent, que par les paroles du célèbre casuiste *Diana* (1). Voici l'idée qu'il nous en donne.

« Est-il permis de donner une grosse somme d'argent à un marchand, à condition qu'il en paiera par exemple cinq pour cent d'intérêt? Je réponds affirmativement pourvu qu'on ait eu intention de célébrer trois contrats, un contrat de société, un contrat d'assurance du principal et un

---

(1) Cette opinion était d'ailleurs fort répandue. Toubeau, après avoir rappelé qu'elle était adoptée par Scaccia, ajoute : « le même auteur dit que les formulaires des marchands y sont conformes; que cela a été approuvé à Rome par de fort habiles gens, que Lessius témoigne que plusieurs professeurs en théologie l'enseignent en Italie, en Espagne, en Allemagne et en France; que, par l'avis des révérends pères jésuites, ni les juges, ni aucuns autres n'y font scrupule, quand le gain assuré n'excède pas cinq ou six pour cent. » Institutions du droit consulaire, liv. II, tit. III, chap. III.

contrat de vente d'un plus grand gain incertain, pour un moindre certain et assuré. Et afin qu'on puisse mieux entendre la chose, voici comment on procède dans ce triple contrat. Premièrement on donne de l'argent par forme de société à un marchand qui le doit employer dans le commerce, en sorte que le profit de cette société peut bien revenir à dix ou douze pour cent. On fait ensuite un second contrat par lequel, afin que le marchand réponde de la somme et l'assure, on relâche cinq pour cent de douze qu'on pouvait espérer de la société. Et enfin on cède encore quelque chose, afin qu'il promette un profit fixe et déterminé. Tout étant ainsi d'accord, il reste par exemple cinq pour cent qu'on peut recevoir sans usure et sans injustice, puisque alors l'égalité est gardée, les peines du marchand sont dûment recompensées et que ces trois contrats étant justes pris séparément, ils ne sauraient être injustes, lorsqu'on les joint ensemble et qu'on les fait dans un même temps avec la même personne.

« On voit par là, poursuit l'auteur des conférences, que le système des trois contrats est un prétexte artificieux pour soutenir tous les prêts usuraires. Nous allons faire voir que cette nouvelle invention des trois contrats est une pernicieuse invention des casuistes relâchés, qui ne tend qu'à tromper le public et à lui enseigner le moyen de violer la loi de Dieu et de se damner tranquillement et sans scrupule. »

La démonstration suit en effet : elle a le défaut d'être fort longue, de s'appuyer parfois sur de

faibles argumens, et même sur de mauvaises raisons. Je ne crois donc pas devoir la reproduire, d'autant qu'on trouve dans Pothier les explications les plus satisfaisantes sur ce point. « Il est très visible, dit-il, que les trois prétendus contrats que cette convention renferme ne sont que des contrats simulés pour déguiser le prêt à intérêt qu'elle renferme, et que, dans la vérité, le bailleur de fonds n'a jamais eu intention de contracter une société avec le marchand, mais seulement de retirer de lui un intérêt de la somme qu'il lui prêtait : et quand même par une fausse direction d'intention il se persuaderait à lui-même qu'il a eu effectivement intention de faire avec ce négociant successivement ces trois contrats, ce serait une illusion que lui ferait sa cupidité, pour lui déguiser à lui-même le vice d'usure du prêt à intérêt auquel s'analyse toute cette convention. »

Cette citation m'aurait paru une réponse suffisante aux subtilités imaginées par les casuistes, si un monument de la jurisprudence moderne ne les avait reproduites.

Voici l'espèce, dans laquelle le système des trois contrats a reçu la sanction des tribunaux.

Le sieur Massilian prête une somme de 60,000 f. aux sieurs Ardaillon et comp., associés pour l'exploitation de hauts-fourneaux. L'intérêt de la somme est fixé à six pour cent, et de plus il est accordé au prêteur une part dans les bénéfices de la société. Cette part n'est point déterminée par l'acte. Le même jour ou le lendemain du prêt, les sieurs Ardaillon et comp. souscrivent six billets de 3600 fr.

chacun, en faveur du sieur Massilian, pour lui tenir lieu de sa part dans les bénéfices futurs de la société.

Ainsi, il n'est pas dit que le sieur Massilian est associé avec les sieurs Ardaillon; mais, d'une part, il leur prête une somme d'argent; ceux-ci s'obligent à la lui rembourser avec les intérêts à six pour cent; en outre, et ne se regardant pas comme libérés par ce paiement, ils lui promettent une portion de leurs bénéfices; enfin, à l'instant même, ou le lendemain, ils lui achètent, moyennant un prix ferme, cette éventualité. Le résultat est le même que si les contractans eussent dit d'abord qu'il y avait société entre eux, et que les sieurs Ardaillon eussent ensuite assuré la mise de Massilian, plus une somme fixe représentant sa part dans les bénéfices, et excédant six pour cent de la mise sociale.

Les premiers billets ont été payés. Lorsque les derniers sont arrivés à échéance, le liquidateur de la maison Ardaillon a soutenu que la convention, en vertu de laquelle ils avaient été souscrits, était entachée d'usure, puisqu'elle obligeait les emprunteurs à payer *une certaine somme* en sus de l'intérêt à six pour cent; il a demandé en conséquence que le montant des billets à payer et de ceux déjà payés fût imputé sur le capital.

Le tribunal de commerce et la Cour royale de Paris ont repoussé cette prétention par les motifs: « que les six effets de 3600 fr. chaque représentaient la part accordée à Massilian dans les bénéfices, que devaient procurer les hauts-fourneaux

contruits avec les fonds fournis par lui pour cette construction, laquelle part avait été ainsi réglée à forfait entre les parties; que la stipulation librement faite de cette part de bénéfices, indépendamment de l'intérêt légal de la somme prêtée, n'avait rien que de licite, surtout dans le commerce; et qu'on ne saurait y voir le prêt usuraire prohibé par la loi. » (1)

La véritable raison, qui a déterminé la Cour à rendre une pareille décision, n'est point exprimée, je crois, dans son arrêt. En tout cas, celles qui ont trouvé place dans les considérans sont en opposition manifeste avec les principes.

Admettons que l'intention des parties ait été de faire un contrat de prêt, rien n'explique et ne justifie la stipulation d'un avantage quelconque pour le prêteur, en sus de l'intérêt légal. La loi prohibitive de l'usure est également violée, car le mal est à-peu-près le même pour l'emprunteur, soit qu'il promette, outre les intérêts légitimes du capital prêté, une somme fixe; soit qu'il s'oblige à faire participer le prêteur aux bénéfices éventuels de ses opérations. En effet, si ces opérations réussissent, la portion du profit qu'il sera obligé d'abandonner portera l'intérêt qu'il aura payé, au-dessus de la limite que le législateur a défendu de dépasser. Il est vrai que, s'il y a des pertes, le prêteur ne recevra que l'intérêt légal; ainsi, l'usure n'aura lieu qu'en cas de succès des entreprises de l'em-

(1) Arrêt du 10 mai 1834; Sirey-Devilleneuve, 34. 2. 338.

prunteur. Elle est donc subordonnée à une condition, qui la rend moins odieuse, mais qui ne suffit point pour écarter l'application de la loi prohibitive. Ce qui est défendu absolument n'est pas permis, modifié par une condition. D'ailleurs, la condition ne disparaît-elle point, au moyen de la convention additionnelle par laquelle le prêteur vend, pour une somme déterminée, l'éventualité que lui a cédée l'emprunteur? L'arrêt parle, comme si cette circonstance n'existait pas; il établit en thèse, que l'on peut stipuler, outre l'intérêt légal, une part de bénéfices, sans songer qu'à côté de cette stipulation, il y en a une autre qui ôte à la première tout caractère d'incertitude, qui convertit le bénéfice hypothétique en profit bien positif. Pour démontrer que le rapprochement des deux conventions est indifférent, il faudrait dire, comme autrefois les casuistes, que, lorsque plusieurs contrats pris isolément sont valables, leur réunion ne peut présenter rien d'illicite. Or, un pareil sophisme a-t-il besoin de réfutation sérieuse? Si une obligation ne peut se soutenir que parce qu'elle est conditionnelle, il est évident qu'elle tombe, si la condition est retranchée par une convention additionnelle.

L'arrêt serait exposé aux mêmes critiques, alors qu'au lieu de donner à leur contrat la couleur d'un prêt, les parties auraient employé le nom et la forme de la société. Elles se seraient alors placées précisément dans l'hypothèse, dont parlent Pothier et l'auteur des conférences ecclésiastiques.

La cour a rappelé que, dans le commerce, il y a plus de liberté laissée aux transactions, que dans les relations civiles. Sans doute; mais cette liberté a des bornes: le contrat commercial et le contrat civil sont soumis, chacun dans des limites particulières, à une prohibition du même genre. Il n'est pas plus permis de prêter, dans le commerce, à un taux excédant six pour cent, qu'il n'est licite, dans les transactions non commerciales, de prêter à plus de cinq.

Comment des principes si constans, si élémentaires, ont-ils été méconnus par des magistrats éclairés et consciencieux? Ne serait-ce pas que les théories nouvelles sur l'usure ont exercé quelque empire sur leurs esprits? La question économique a été discutée récemment à la tribune nationale, et les hommes les plus éclairés ont soutenu que les lois prohibitives ne sont pas en harmonie avec les idées et les besoins de notre temps; qu'elles vont même directement contre le but qu'elles se proposent; qu'elles ont pour résultat d'élever le taux de l'intérêt, en provoquant des ruses, des déguisemens toujours onéreux pour les emprunteurs. Beaucoup qui n'adoptent pas ces doctrines, en subissent cependant l'influence, et tout en croyant à l'utilité des prohibitions, ils sont disposés à les appliquer avec certains ménagemens. Voilà à quoi il faut attribuer la décision de la Cour de Paris. Elle présente une sorte de transaction entre les règles consacrées par les textes de la législation et les vues des économistes. Sans doute, la jurisprudence doit

tendre incessamment à mettre les lois en harmonie avec les mœurs et l'opinion; mais cette direction, qu'il est desirable de voir constamment présider aux travaux de la magistrature, ne saurait autoriser les tribunaux à se mettre en lutte ouverte avec la loi. C'est une assez belle mission d'appeler et de préparer les réformes: au législateur seul il appartient de les opérer.

L'arrêt de la Cour de Paris ne pouvait échapper à la censure de la Cour de cassation; il a été cassé le 17 avril 1837, par les motifs suivans :

« Attendu que loin de constater l'existence d'une association dans laquelle la somme de 60,000 fr. serait entrée comme mise sociale, avec les chances de pertes et de gains qui sont inhérentes à toute association, l'arrêt attaqué constate lui-même que Massilian n'a jamais été que prêteur de ce capital; que l'arrêt constate, en outre, que les six billets de 3,600 fr. chacun, n'ont été que le résultat direct et immédiat du prêt conventionnel des 60,000 fr., pour lesquels, de plus, un intérêt de 6 p. 0/0 par an a été stipulé d'après l'arrêt lui-même; qu'ainsi, le fait, tel qu'il est déclaré, constitue un prêt conventionnel avec intérêt excédant le taux fixé par une loi d'ordre public, à laquelle ni les parties, ni les tribunaux ne peuvent déroger, sous le prétexte du réglement à forfait d'une part des bénéfices dans une association qui n'aurait existé ni de fait ni de droit; attendu, qu'en ordonnant, sous ce prétexte, le paiement intégral des sommes qui formaient l'objet de la demande de Massilian, l'arrêt attaqué a

violé les articles 1 et 3 de la loi du 3 septembre 1807; 18 Cod. comm.; et 1832, 1833 et 1835 Cod. civ. casse, etc. (1)

59. Lorsque précédemment j'ai indiqué les choses qui peuvent être l'objet d'une société, je me suis réservé d'examiner si dans leur nombre il faut comprendre les offices ou charges, dont la loi du 28 avril 1816 autorise la transmission à prix d'argent.

Voyons donc en quel sens doit être décidée cette question. Ce qui a été dit ci-dessus des élémens constitutifs du contrat de société, les idées qui ont été développées, en étudiant quelques espèces qui ne laissaient pas facilement apercevoir la véritable nature des conventions, ne seront pas ici, je crois, sans utilité.

Toutes les choses qui sont dans le commerce, et qui d'ailleurs sont susceptibles de produire quelques profits, peuvent être mises en société. Au premier abord, les offices paraissent avoir ce double caractère, et la question semble ainsi aussitôt résolue que posée. Nous avons, en effet, tous les jours sous les yeux la preuve manifeste que les charges d'officiers publics sont des sources fécondes de bénéfices; et il serait difficile de contester qu'elles sont l'objet de contrats à titre onéreux, que la loi autorise et que les tribunaux respectent.

Mais sur ce dernier point il faut bien s'enten-

(1) Sirey-Devilleneuve, 37. 1. 275; Dalloz, 37. 1. 303.

dre ; il est nécessaire de déterminer avec exactitude et précision l'idée que représente aujourd'hui cette expression : *vénalité des offices* ; il est indispensable de savoir, dans quelles limites doivent se renfermer les négociations des titres.

Sous l'ancien régime, l'origine des offices justifiait ou du moins expliquait leur vénalité. Ils avaient été concédés moyennant finance ; ils avaient été vendus par les dépositaires de la puissance publique à ceux qui, les premiers, en avaient été investis : c'était une raison pour permettre à ceux-ci de les vendre à leur tour. « Toute vente, dit Loyseau, induit aliénation et attribue à l'acheteur la propriété de la chose vendue, et c'est un droict des gens et une loy du commerce de pouvoir revendre ce qu'on a acheté : comme donc en France nous avons esté les inventeurs de vendre les offices (au moins de pure vente, ainsi qu'il sera dit en son lieu), aussi avons-nous pratiqué les premiers que ceux qui les avoient achetés les pouvoient revendre. » (1)

D'ailleurs, la finance était présentée comme l'objet du contrat ; car on n'a jamais admis en principe, que ceux qui étaient revêtus de fonctions publiques pussent les conférer à d'autres par l'effet de leur volonté. Loyseau, après avoir établi, comme on vient de le voir, que les titulaires avaient le droit de vendre leurs offices, ajoute : « Non, toutefois en telle sorte que de leur propre

(1) Traité des offices, liv. II, chap. I, n°s 35 et 36.

autorisé, ils les puissent transférer aux acheteurs; mais seulement les résigner en leur faveur, c'est-à-dire, les remettre au collateur, à telle condition, qu'il est tenu de les conférer à eux ou non à autre, et qu'il ne peut refuser d'admettre cette résignation. (1)

L'abolition de la vénalité des charges fut un des premiers actes de l'assemblée constituante; elle fut décrétée dans la célèbre nuit du 4 août 1789, en même temps que l'abolition des droits féodaux. Des monopoles, des privilèges, des fonctions publiques conférées par d'autres moyens que l'élection, tout cela était incompatible avec les idées de liberté, d'égalité et d'organisation élective, qui étaient alors dans toute leur ferveur.

Le gouvernement impérial rétablit les distinctions nobiliaires et quelques vestiges de la féodalité; il ne crut pas devoir lever la prohibition prononcée contre la vénalité des charges. Peut-être n'en eut-il pas le temps. Ce fut la restauration qui, dans des circonstances pressantes, après deux invasions désastreuses, eut recours à cette mesure, comme ressource financière. Il est remarquable qu'on évita soigneusement d'employer les expressions *offices* et *vénalité*. Ce ne fut pas seulement parce que ces expressions étaient odieuses, et que par une ruse qui, quoique grossière, est souvent mise en usage par des gens habiles, on espérait dissimuler la chose, en évitant de prononcer le mot; il

(1) *Loc. cit.*

faut être juste, on ne voulut pas rétablir le système de transmission des offices, moyennant finance, tel qu'il existait avant 1789. Ainsi, l'article 91 de la loi du 28 avril 1816 doit être pris à la lettre; loin d'étendre sa disposition et d'exagérer ses effets, il faut la réduire à ses conséquences nécessaires et immédiates. Les parties intéressées l'ont mal entendu; on leur a rendu une pierre du vieil édifice, elles ont essayé de le reconstruire tout entier. Mais les jurisconsultes et les tribunaux qui ont examiné avec plus de sang-froid les questions qu'a fait naître l'application de la loi de 1816, ont reconnu qu'elle n'avait point rétabli la vénalité des charges, comme on l'entendait dans l'ancien régime; qu'elle n'avait ajouté aux droits des titulaires d'offices, que la faculté de présenter un successeur à l'agrément du roi et d'obtenir le prix de cette désignation par celui en faveur de qui elle était faite; que c'était un droit attaché à leur personne, que seuls ils pouvaient l'exercer (1); que des offices n'ayant pas été concédés au moyen d'une finance payée à l'époque de leur création, il n'y avait plus possibilité de distin-

(1) Voy. mon Traité de la vente, tome XVI (Ier de ma Continuation), n° 208. Dans l'ancienne jurisprudence, un office pouvait être saisi et vendu judiciairement à la requête des créanciers du titulaire. Voy. Loyseau, liv. III, chap. VI; mais de notre temps, cela ne saurait être toléré. La Cour de Caen l'a fort bien décidé, quoique dans l'espèce, le titulaire de l'office se trouvât par l'effet des circonstances dans l'impossibilité d'exercer ses fonctions : elle a dit avec raison qu'il y aurait les plus graves inconvéniens à permettre à des

guer entre le titre et la finance, et de prétendre que celle-ci était seule l'objet des transactions entre les titulaires et leurs successeurs.

Cela posé, il est manifeste que toute société formée pour l'exploitation d'une charge de notaire, d'avoué, d'agent de change, en un mot d'un office quelconque, est nulle.

Dans une pareille association, quelle serait la chose mise en commun? L'exercice des fonctions publiques ou quasi-publiques, confiées au titulaire? Evidemment non. Ni les principes anciens, ni le nouveau droit n'admettent qu'un officier public puisse partager ses fonctions, et transmettre une partie du pouvoir qui lui a été confié. Serait-ce la faculté de présenter au roi un successeur qui formerait le fonds social? Pas davantage; car c'est un droit attaché à la personne du titulaire, dont nul ne peut le dépouiller, et à l'exercice duquel nul ne peut le contraindre (1). Enfin la somme que paie le successeur n'est pas l'objet de l'association, puisqu'elle est le résultat d'un fait propre et personnel à l'un des contractans, auquel les autres ne peuvent participer, et qui précisé-

---

ayant-droit ou créanciers vrais ou supposés, de faire afficher et mettre en vente des places d'officiers ministériels qui n'appartiennent point *propriétairement* aux titulaires, dont le roi ne concède que les fonctions, et qui se réduisent, lorsqu'elles deviennent vacantes, à une simple présentation que le gouvernement est libre d'agréer ou de repousser. Arrêt du 12 juillet 1827; Sirey, 28. 2. 240.

(1) *Voy.* tome XVI (Ier de ma Continuation), n° 208; arrêt de la Cour d'Agen, du 6 janvier 1836; Sirey-Devilleneuve, 36. 2. 65; Dalloz, 36. 2. 119.

ment met fin aux rapports qu'on voudrait considérer comme une association.

Sans doute il y a des sociétés, dans lesquelles l'un des associés agit seul, fait tous les actes, exerce tous les droits, est seul responsable envers les tiers. Mais les autres ont toujours un droit de surveillance et de contrôle; ils pourraient, si la gestion était contraire à la convention, ou nuisible à l'intérêt commun, obliger le gérant à se conformer à la loi du contrat et même provoquer la dissolution de la société; ils le pourraient, parce que l'industrie que l'un d'eux exerce et les opérations qu'il fait, au nom de tous, sont véritablement la chose commune. Un officier public, au contraire, n'est et ne doit être responsable qu'envers l'autorité, ou envers le pouvoir disciplinaire organisé dans la corporation à laquelle il appartient. On voit sur-le-champ quels inconvéniens sans nombre résulteraient du droit d'investigation confié à des particuliers sur les actes d'un fonctionnaire public. D'ailleurs, les prétendus associés qui croiraient avoir à se plaindre du titulaire de l'office seraient impuissans, pour lui faire abandonner ses fonctions; et, malgré eux, il resterait saisi de la chose commune.

Ainsi, alors même qu'un office a été acheté, en tout ou en partie, avec les deniers d'un tiers; alors même que le titulaire l'a reconnu et déclaré; alors qu'une stipulation expresse porte que le titre est la propriété commune, qu'il y a société pour son exploitation entre celui qui en est investi et le bailleur des fonds; la nature des choses,

plus puissante que la volonté des contractans, empêche qu'il y ait société; la convention est nulle et doit rester sans effet.

Toutefois je reconnais que le titulaire d'un office peut valablement convenir qu'il partagera avec un tiers, dans des proportions déterminées, soit les bénéfices qui naîtront de l'exploitation, soit le prix que produira la transmission du titre. Mais entre une pareille convention et une véritable société, il y a des différences importantes. D'abord, comme on l'a déjà vu, celui qui est simplement intéressé aux bénéfices n'a pas, comme l'associé même commanditaire, un droit d'investigation et de contrôle sur les actes de la gestion. En second lieu, l'associé est propriétaire de sa part dans les bénéfices et dans le fonds social; par conséquent s'il se trouve en concours avec des créanciers personnels du gérant, il n'est point primé par eux; ceux-ci ne viendront pas même à contribution avec lui, sur les valeurs composant l'actif social; il prendra sa portion dans la chose commune, délaissera à son associé la sienne; et c'est sur celle-ci seulement que les créanciers de ce dernier pourront exercer leurs droits. La position de celui à qui a été accordée une part dans les bénéfices et dans le produit de la vente d'une charge, n'est pas la même, il n'a qu'une action personnelle contre le titulaire pour se faire délivrer ce qui lui a été promis; et il vient par contribution sur les biens de son débiteur avec les autres créanciers. (1)

(1) Je crois que c'est dans ce sens qu'il faut entendre les observ-

Voilà en quoi diffèrent la société et la convention qui donne droit à une portion des bénéfices d'une charge.

160. Fréquemment il arrive que les officiers ministériels font, avec un ou plusieurs de leurs collaborateurs, la convention qu'au lieu d'un traitement fixe, ils leur donneront une certaine quotité des produits de leur charge. Cette convention n'a point non plus le caractère de société. Les raisons qui m'ont servi à établir qu'en général il n'y a pas de société possible pour l'exploitation d'un office, trouvent ici leur application. D'ailleurs, la position subalterne du collaborateur à l'égard de son patron, l'obéissance à laquelle il est tenu, ne permettent pas de voir en lui un associé; il n'est qu'un commis intéressé. (1)

161. Presque tous les jurisconsultes, qui pensent que les offices ne peuvent être mis en société, ont trouvé des argumens dans les règles de discipline auxquelles sont soumis certains officiers; ils ont fait remarquer notamment que le secret imposé aux notaires et aux agens de change est un obstacle à toute association, ayant pour objet l'exploitation de leurs charges; ils ont rappelé les anciens réglemens qui prohibaient les sociétés entre les titulaires d'office et de simples particuliers, et

tions insérées dans le Journal des avoués, rédigé par MM. Chauveau et Billequin, tome 35, p. 20 et tome 36, p. 90.

(1) *Voy. suprà*, nos 48 et 53, ce que j'ai dit sur les commis, dont le salaire se compose d'une part dans les bénéfices. *Voy.* M. Devilleneuve, dans les notes sur l'arrêt de la Cour de Paris, qui sera cité ci-après; Sirey-Devilleneuve, 38. 2. 83.

même entre officiers de la même classe; enfin, ils ont montré que l'ordre public était intéressé au maintien de ces prohibitions. (1)

J'ai cru devoir traiter la question sous un point de vue plus général; j'ai cherché une solution dans les principes qui régissent le contrat de société, dans l'étude et l'analyse des élémens qui le constituent; j'ai craint, d'ailleurs, que les réglemens anciens n'eussent perdu leur autorité; et les considérations si habilement déduites m'ont paru une faible réponse à cet argument de ceux, qui admettent les sociétés pour l'exploitation des offices : la loi ne les défend pas, et tout ce que la loi ne défend pas est permis. J'ai voulu montrer que la loi les défend, que les dispositions qui déterminent ce qui est de l'essence même du contrat de société s'opposent à ce qu'il ait pour objet l'exploitation d'un office.

Ceux qui défendent l'opinion contraire ont aussi essayé de lui trouver une justification dans les théories économiques; c'est surtout pour les charges d'agens de change qu'ils se sont efforcés de prouver, sinon la légalité, du moins l'utilité des associations (2). Il existe, je le sais, beaucoup de

---

(1) *Voy.* M. Rolland de Villargues, Histoire du notariat, placée au commencement du Code du notariat, page xxxiv; Jurisprudence du notariat, année 1838, p. 65.

(2) M. Mollot, des Bourses de commerce, n° 284; M. Dard, Code des officiers ministériels, page 328 et suiv.; M. Fremery, auteur des Études du droit commercial, a soutenu le même système dans deux articles insérés dans le journal le Droit, des 1 et 7 février 1838.

préventions en cette matière; il y a des gens qui, en économie sociale comme en politique, n'ont pas fait un pas depuis un demi-siècle; qui, en reprochant aux partisans de l'ancien régime leurs doctrines arriérées, n'ont sur eux d'autre avantage que d'être attachés à un passé un peu moins vieux; et qui, enfin, voient dans l'époque où fut abolie la vénalité des charges, la démonstration suffisante qu'elle devait l'être. Je suis parfaitement dégagé et libre de toute préoccupation de ce genre; mais je crois, comme le disait l'année dernière le ministre des finances, à la tribune de la Chambre des Députés, « que de tous les sacrifices que les malheurs du temps ont forcé de faire en 1816, il n'en est pas de plus onéreux, de plus funeste que celui qui, pour un très petit avantage pour le trésor, a créé la vénalité des charges et amené les conséquences que tout le monde déplore, et le gouvernement plus que qui que ce soit. » (1)

Cependant il serait peut-être juste et utile de distinguer, entre les diverses professions qui s'exercent en vertu de délégations de la puissance publique, les charges, dont la clientelle, les bénéfices et la valeur augmentent en raison de l'activité, de l'intelligence et de la moralité des titulaires, doivent-elles être assimilées à celles, dont le produit s'élève ou s'abaisse seulement par l'effet du hasard ou des circonstances, et pour lesquelles une main inhabile fait autant qu'une sage et vigilante ges-

(1) Discussion du Budget de 1838, séance du 1er juillet 1837.

tion? Les premières passent, avec une grande partie de leurs avantages, à ceux qui les achètent. Pourquoi n'en paieraient-ils pas le prix à celui qui les a produits par son mérite et son application? Partout où j'aperçois un produit du travail, je suis disposé à reconnaître un droit de propriété. Je me borne à indiquer ici ces vues; leur développement m'entraînerait hors des limites dans lesquelles la nature de cet ouvrage me circonscrit.

62. La jurisprudence n'a point hésité, comme on pourrait le croire, en parcourant trop rapidement la série des décisions rendues sur cette matière. Un arrêt de la Cour de Paris, rendu lorsque déjà ce qui précède était écrit, a formellement décidé que la société formée pour l'exploitation d'une charge d'agent de change est nulle. Il est vrai que, dans l'espèce, on avait, autant que cela est possible, transmis aux associés une partie des fonctions du titulaire; on leur avait donné sur ses actes, et notamment sur la faculté de présenter un successeur à l'agrément du roi, un droit de veto, une puissance et une autorité qui évidemment ne pouvaient être maintenues. Mais la rédaction de l'arrêt montre que, même en l'absence de ces stipulations qui rendaient plus flagrante la violation des principes, et les associés eussent-ils été réduits au rôle passif de simples commanditaires, la nullité de la convention eût été également prononcée. Voici comment la Cour s'est exprimée : « Considérant que l'agent de change est un officier public institué pour certifier la réalité et assurer la sincérité de certaines transactions entre les citoyens; que

son titre ne lui est conféré par le roi qu'à des conditions de moralité attachées à sa personne; que les fonctions d'agent de change doivent être remplies par le titulaire seul; *que le droit de les exercer étant essentiellement personnel ne peut constituer une sorte de propriété que pour celui qui les exerce*; que la loi lui fait un devoir de tenir les opérations secrètes; qu'ainsi la nature de cet office résiste à ce qu'il devienne l'objet d'une société, *puisqu'on ne conçoit pas de société dont la chose sociale ne soit susceptible ni de copropriété ni d'exploitation par plusieurs, et où les opérations de la société ne doivent être connues que du gérant*; que si, pour obtenir, de celui à qui il prétend succéder, sa présentation à la nomination du roi et pour fournir un cautionnement, l'agent de change peut recourir à des bailleurs de fonds et engager une partie quelconque du produit de son office, *les conventions relatives à ces emprunts et obligations, quelles qu'elles soient, ne sauraient avoir le caractère de société*. Considérant que les parties ont violé ces principes d'ordre public dans l'acte du 27 février [illegible], en établissant une société sur ce qu'elles ont appelé l'exploitation par profits et pertes de l'office d'agent de change, dont Boneaux était titulaire; qu'elles y ont contrevenu *plus gravement encore*, en stipulant la faculté d'admettre ou de rejeter les opérations de cet agent, et l'obligation pour lui de déléguer, en cas d'empêchement, ses pouvoirs à l'un des prétendus associés, de ne pas se démettre avant une époque déterminée, ou, en d'autres termes, de laisser

gérer l'office sous son nom; Considérant que s'il y a des comptes à régler entre les appelans et les intimés, à raison des rapports d'affaires qui ont existé entre eux, les parties n'ayant pu trouver la qualité d'associés dans les conventions qui ont réglé ces rapports, les contestations relatives à leurs comptes ne sauraient être portées devant des arbitres juges. » (1).

Ainsi trois points sont clairement décidés; premièrement, que les offices en général, et par leur nature propre, ne peuvent être l'objet d'une société; secondement, que cette thèse acquiert un nouveau degré d'évidence et de certitude, lorsque les conventions attribuent aux associés autres que le titulaire, tout ou partie des pouvoirs que lui a délégués l'autorité; troisièmement enfin, que rien n'empêche un officier public d'accorder à des bailleurs de fonds une partie des produits de sa charge, pourvu qu'il ne leur confère ni la qualité ni les droits d'associés.

Après les explications que j'ai précédemment données, il n'est pas possible de confondre le rôle d'un véritable associé avec la position de celui à qui une portion des bénéfices est attribuée. La différence qui existe entre eux peut servir à justifier un arrêt de la cour de Toulouse, rendu dans l'espèce suivante. Un notaire avait vendu sa charge, moyennant la moitié des émolumens qu'elle produirait pendant dix années entre les mains de son

(1) Arrêt du 2 janvier 1838; Sirey-Devilleneuve, 38, 2, 83.

successeur. Il est venu prétendre ensuite que cette convention constituait une société pour l'exploitation d'un office de notaire et que par conséquent elle était nulle. La cour a décidé au contraire qu'elle était valable, non en reconnaissant la validité des sociétés ayant pour objet des charges d'officiers publics, mais bien plutôt parce que la stipulation n'avait point les caractères d'une société. « La Cour doit se hâter de déclarer, dit l'arrêt, que si pour fixer les droits de son co-associé, le notaire en exercice pouvait être tenu de lui communiquer les actes dont les émolumens ont produit les recettes, ce serait le cas de déclarer nulle une telle convention. Mais attendu, poursuit-il, que Sabatier (l'acquéreur) n'a point contracté un engagement de cette nature envers Pignères (le vendeur), qui est censé s'en être remis à sa foi pour tout ce qui tient au montant de sa recette, et pour le montant des droits qui peuvent en résulter pour lui; que Pignères pourrait d'ailleurs exercer son contrôle sur les comptes de Sabatier, soit en consultant le répertoire, le carnet de ses recettes, soit en s'informant auprès des parties de qui Sabatier aurait reçu des honoraires; mais que celui-ci ne s'est pas obligé de communiquer les actes, qu'il ne saurait y être contraint, que dès-lors, la convention ne viole pas la loi du 25 ventose an XI, et n'est point contraire à l'ordre public, et que le magistrat ne saurait voir dans le partage des produits de la charge, qu'un prix payable à plusieurs échéances et en sommes variables, comme les produits de l'étude; ce qui est

licite, puisque la participation aux profits n'entraîne point une participation à une partie quelconque des fonctions de notaire. » (1)

La Cour n'a pas assez indiqué toutes les conséquences qui dérivent de l'état dans lequel étaient placés les contractans ; elle aurait dû ajouter que le vendeur n'avait point un droit de copropriété sur les bénéfices et sur la valeur de la charge ; qu'il n'avait qu'une créance et que par conséquent, il n'était pas associé. C'est plutôt sur la rédaction de l'arrêt que sur la décision qu'il contient, que porte une pareille critique.

63. Après avoir établi que toute stipulation de société entre le titulaire de l'office et des bailleurs de fonds est vaine et inutile ; que ces derniers ne sont que créanciers du titulaire pour leurs parts dans les bénéfices et dans le prix de l'office ; et qu'ainsi ils ne peuvent être payés qu'en concurrence avec tous les autres créanciers, il faut examiner pour quelle somme ils seront admis à la contribution.

Partant du principe que la société est nulle, dira-t-on que toutes les stipulations relatives à la distribution des pertes et des bénéfices doivent être considérées comme non avenues, qu'ainsi chacun des prétendus associés reste créancier du capital entier qu'il a versé, sans qu'on puisse lui faire subir aucune défalcation, à raison des pertes éprou-

(1) Arrêt du 14 novembre 1835 ; Sirey, 36. 2 ; 155. Dalloz, 36. 2. 42.

vées par la société et dont il s'était obligé à supporter une portion? Ou bien, malgré l'annulation de l'association, laissera-t-on les contractans soumis aux chances aléatoires qu'ils avaient acceptées, et retranchera-t-on sur leur capital, le montant des pertes dont ils avaient assumé la responsabilité?

Il n'y a pas à hésiter, ce me semble, entre ces deux opinions. Il me paraît impossible d'admettre et de rejeter tout à-la-fois l'existence de la société; de l'admettre, pour faire supporter aux contractans des pertes, comme associés; de la rejeter, pour les priver du droit de co-propriété qu'ils auraient eu, comme associés, sur le fonds social et sur les bénéfices. Ils n'ont pas, il est vrai, versé leurs fonds purement et simplement comme des prêteurs ordinaires, ils se sont soumis à certaines chances aléatoires; mais ils l'ont fait dans la pensée qu'ils entraient dans une société; qu'ils auraient tous les avantages que la loi accorde à ceux qui forment un pareil contrat. Je ne conçois pas qu'on leur impose les conséquences fâcheuses de la position d'associés, lorsqu'on leur en refuse les résultats utiles. Si la société eût produit des bénéfices, si déjà même des dividendes avaient été distribués aux contractans, et qu'ils vinssent dans la contribution réclamer le montant intégral des sommes qu'ils auraient versées, les autres créanciers ne manqueraient pas de soutenir qu'il faut déduire sur leur capital le montant des dividendes précédemment distribués, par la raison que les stipulations, en vertu desquelles une por-

tion des bénéfices leur a été attribuée, sont nulles. Cette prétention des créanciers serait, à mon avis, bien fondée; par conséquent, dans le cas inverse, et lorsqu'il y a des pertes, ils n'ont pas le droit de faire retrancher des fonds versés par les prétendus associés, la portion de la perte mise à leur charge par le contrat. En un mot, il faut ne tenir aucun compte de la convention, considérer les contractans comme des bailleurs de fonds, comme des prêteurs, ne leur imposer aucune participation aux pertes, ne leur accorder aucune part dans les bénéfices, et les admettre à la contribution, pour ce qu'ils ont effectivement versé, déduction faite des dividendes, s'ils en ont reçu. (1)

64. La solution serait différente, si les parties n'avaient pas eu l'intention de faire une société, si, se tenant dans les limites du possible, elles avaient seulement entendu acquérir, moyennant un versement de fonds, une part des bénéfices, sans s'attribuer la qualité d'associés. Alors, au moment de la liquidation, on devrait calculer à quelle somme s'élève la créance de chaque bailleur de fonds, d'après le résultat des opérations, et l'admettre à la contribution pour le chiffre ainsi fixé.

Qu'on ne s'étonne pas que deux situations, entre lesquelles il y a beaucoup d'analogie, présentent des résultats si différens.

---

(1) Arrêt en sens contraire, de la Cour royale de Paris, du 11 juillet 1836; Sirey, 36. 2. 395; Dalloz, 36. 2. 139. Le tribunal de première instance avait adopté la doctrine opposée, en disant qu'on ne peut admettre et rejeter en même temps l'acte de société.

Dans l'une, les parties ont fait ce qu'elles ne pouvaient pas faire; elles ont voulu être associées, elles ne pouvaient pas l'être; leur convention est comme non avenue, non-seulement dans la partie qui établit la société, mais aussi dans les autres stipulations, accessoires et conséquences de la première, qui fixent la répartition des pertes et des bénéfices. Il ne reste plus que le fait du versement d'une somme d'argent, qu'une créance résultant de ce fait, que le droit d'être payé comme un créancier ordinaire.

Dans l'autre hypothèse, où sciemment et volontairement les bailleurs de fonds se sont exposés à certaines chances, par l'espérance de recueillir certains avantages, sans toutefois croire qu'ils étaient associés, leur convention doit s'exécuter, parce qu'elle est licite et parce qu'elle est formelle; parce qu'on leur fait la position qu'ils ont prévue et acceptée; parce que, en un mot, ils ne peuvent pas se plaindre qu'on scinde leurs stipulations, qu'on leur inflige le mal, et qu'on leur enlève le bien qui, dans leur esprit, formait compensation.

SECTION II.

De la forme et de la preuve du contrat de société.

SOMMAIRE.

65. La société se forme par le seul consentement. L'écriture n'est exigée que pour la preuve.

66. La société, sous le rapport de la preuve, est soumise aux règles du droit commun. L'art. 1834 n'a eu pour objet que d'abroger les anciens usages relatifs aux sociétés taisibles.

67. Le serment peut être déféré et référé.

68. L'aveu fait preuve.

69. La preuve testimoniale est admissible, comme elle le serait pour les autres contrats.

70. Opinion de M. Duranton. Critique.

71. La preuve testimoniale est admissible, si l'objet de la société n'excède pas 150 fr.

72. Pour savoir si la preuve testimoniale est admissible, il faut prendre en considération la valeur de l'objet de la société et non le montant de la demande;

73. Soit que, l'objet du contrat étant d'une valeur au-dessus de 150 fr., la demande n'excède pas cette somme; soit que la demande excède 150 fr., l'objet du contrat étant de 150 francs ou au-dessous.

74. On doit considérer comme étant l'objet de la société, la réunion de toutes les mises, et non pas seulement la mise du demandeur.

75. L'acte de société sous-seing privé doit être fait en autant de doubles qu'il y a d'associés.

76. Exceptions à la règle qui exige une preuve écrite,

77. En faveur des tiers.

65. Le droit romain plaçait la société au nombre des contrats consensuels (1); et si on lit dans la loi 4 ff. *Pro socio*: *societatem coire et re et verbis et per nuncium posse nos, dubium non est;* cela signifie seulement que le consentement peut être exprès, et résulter d'un message envoyé, de paroles prononcées; ou tacite, et se manifester par des choses mises en commun (2).

Sous l'empire du Code civil, le consentement suffit aussi à la perfection du contrat; l'écriture n'est point de son essence; elle est exigée seulement *ad probationem*. En un mot, et sous ce rapport, la société est soumise aux principes qui régissent les conventions en général.

66. La disposition de l'article 1834 pourrait donner à penser le contraire, et faire supposer que, si l'écriture n'est pas un élément constitutif du contrat, du moins, elle est indispensable pour établir son existence; que les autres espèces de

(1) *Inst. lib. III, tit. XXII.*
(2) Cujas. *ad. h. leg.*

preuves, telles que l'aveu fait en justice, la preuve testimoniale, les présomptions graves, précises et concordantes qui sont admissibles, suivant les règles communes à toutes les conventions, cessent de l'être lorsqu'il s'agit de la société.

On lit en effet, dans l'article 1834, que toutes sociétés doivent être rédigées par écrit, lorsque leur objet est d'une valeur de plus de cent cinquante francs; que la preuve testimoniale n'est point admise contre et outre le contenu en l'acte de société, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors et depuis cet acte, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cent cinquante francs.

On pourrait dire que cette reproduction littérale de l'article 1341 était inutile, si le législateur avait voulu laisser la société sous l'influence du droit commun; qu'elle exprime par conséquent l'intention de la soumettre à une règle spéciale, de proscrire toute autre espèce de preuve que la preuve écrite, dès que l'objet de la convention excède cent cinquante francs, notamment, de ne point admettre l'aveu de la partie, suivant l'article 1356, et la preuve testimoniale, conformément aux articles 1347 et 1348.

Cette induction ne serait pas seule assez puissante pour faire de la société un contrat en dehors des principes généraux, alors même que la reproduction de l'article 1341 ne serait pas expliquée. On devrait plutôt y voir une redondance inutile, que de l'accepter comme une dérogation aux règles communes à tous les contrats. Mais l'on n'est

point réduit à cette extrémité fâcheuse d'avouer ou que la loi contient une superfétation, une répétition oiseuse, ou que la pensée d'une de ses dispositions est impénétrable. La discussion dans le sein du tribunat (1), le discours de son orateur au corps législatif (2), et l'exposé des motifs fait par M. Treilhard, au nom du gouvernement (3), révèlent l'intention qui a fait répéter, au titre *de la société*, ce qui avait précédemment trouvé place au titre *des contrats ou obligations conventionnelles en général*.

« Les associations connues de nos aïeux sous le nom de *sociétés taisibles*, disait M. de Bouteville au tribunat, et qui se formaient par le seul fait de la cohabitation, ne convenant plus depuis longtemps à nos mœurs, le projet a eu soin de rappeler le principe général qui veut que toute convention pour objet de valeur au-dessus de cent cinquante francs, soit rédigée par écrit, etc. » (4)

On retrouve la même opinion plus développée dans le discours de M. Gillet au corps législatif.

« C'est avec non moins de raison, y est-il dit, qu'on a exigé que toute société fût constatée par écrit, lorsque sa valeur excède cent cinquante francs : sans cette mesure, les intérêts et les obligations de chaque associé eussent été livrés

(1) M. Locré, tome XIV, pag. 507 et 532.
(2) M. Locré, tome XIV, p. 550.
(3) M. Locré, tome XIV, p. 519.
(4) M. Locré, tome XIV, page 532.

à des témoignages trop incertains, ou à des conjectures trop arbitraires. Toutefois, cette disposition fait cesser une institution dont l'observateur aimait à contempler quelquefois les derniers vestiges, celles des communautés *tacites* qui avaient lieu dans plusieurs coutumes.

Des familles unies depuis plusieurs siècles sous le titre de *parsonniers*, avaient honoré cette institution qui portait dans les mœurs quelque image de l'antiquité patriarcale. Mais la maturité de notre civilisation ne permet plus de conserver l'idée de ces usages, que comme d'intéressans souvenirs (1).

L'article 1834 est donc expliqué; on doit le reconnaître, il efface de nos lois des usages qui ne sont plus en harmonie avec nos mœurs; mais il ne porte aucune atteinte aux règles relatives aux preuves des conventions (2).

67. Ainsi, l'une des parties peut déférer à l'autre le serment, et celle-ci peut le référer à la première, sur le fait de la convention intervenue entre elles (3).

68. Ainsi, l'aveu judiciaire fait preuve en cette matière comme en toute autre (4).

69. Enfin, la preuve testimoniale doit être admise, s'il existe un commencement de preuve par

(1) Voy. *suprà*, n° 5, l'indication des coutumes qui admettaient les sociétés taisibles.

(2) Arrêt de la Cour de Bruxelles, du 28 février 1810; Sirey, t. 14. 2. 93; Dalloz, v° *Société*, page 84.

(3) Cod. civ., art. 1358 et suiv.

(4) Cod. civ., art. 1356.

écrit (1), si le titre a été perdu par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure (2), ou si la société a été contractée dans des circonstances telles qu'il n'était pas possible de dresser un acte (3).

70. Il faut convenir avec M. Duranton, que cette dernière hypothèse se présentera rarement; il ne faut point ajouter, comme lui, que les tribunaux n'accueilleraient probablement que très difficilement la preuve testimoniale toute seule en pareil cas. Ordinairement les sociétés ne sont pas contractées fortuitement et à l'improviste. Presque toujours c'est avec maturité et après délibération; presque toujours, par conséquent, il est possible de les rédiger par écrit; mais enfin, si l'on suppose que par un concours extraordinaire d'événements, au moment où la convention s'est formée, les parties ne pouvaient pas en dresser l'instrument, il y a nécessité d'admettre la preuve par témoins; et les juges qui la repousseraient violeraient ouvertement la loi.

71. En continuant d'appliquer aux sociétés les principes ordinaires, on devra décider que la preuve testimoniale est admissible, si l'objet de la société n'excède pas cent cinquante francs; et qu'au contraire des témoignages ne peuvent être

(1) Cod. civ., art. 1347; arrêts de la Cour de cassation du 16 avril 1806; S. 7. 2. 1204; du 12 décembre 1825; Sirey, 26. 1. 184; Dalloz, 26. 1. 1024; Palais, tome 78. 87; arrêt de la Cour de Nancy, du 7 janvier 1829; Sirey, 29. 2. 124.

(2) Cod. civ., art. 1348, n° 4.

(3) Cod. civ., art. 1348, n° 3.



reçus, si l'objet de la société est d'une valeur supérieure à cette somme.

72. Une vérité aussi constante n'aurait point été rappelée ici, sans la difficulté grave que présente la question de savoir ce qui est véritablement l'objet de la société, et quelles sont les choses, dont la valeur doit être prise en considération. Pour admettre ou repousser la preuve par témoins, doit-on en faire entrer dans le calcul que la mise de celui qui demande à prouver l'existence de la société? Faut-il, au contraire, s'attacher à la somme formée par la réunion de toutes les mises? N'est-il pas enfin plus conforme à l'esprit de la loi, de regarder seulement le résultat que produira la demande, sans s'occuper de la valeur des mises; et ne convient-il pas de permettre la preuve par témoins, alors même que les mises réunies s'élèveraient à plus de cent cinquante francs, si la part que réclame le demandeur, dans le capital social et dans les bénéfices, est seulement égal à cette somme, ou au-dessous?

M. Toullier a posé en cette matière le principe suivant.

« C'est au moment de la convention, au moment où l'obligation est contractée qu'il faut se reporter, pour savoir si elle peut être prouvée par témoins. » (1)

En suivant cette doctrine, l'admission de la preuve testimoniale serait subordonnée à la valeur de l'objet de la société au jour du contrat;

(1) Tome IX, n° 42.

et non au montant des condamnations provoquées par la demande; sauf à examiner ensuite si c'est la mise du demandeur, ou toutes les mises réunies qui forment l'objet de la convention. Je crois, en effet, que ce système doit être adopté.

73. Il est vrai que M. Toullier n'a point entendu l'établir d'une manière absolue; il avait en vue le cas, où l'objet de la convention étant de plus de cent cinquante francs, l'objet de la demande n'excède pas ce chiffre; et il décide que, nonobstant cette circonstance, la preuve testimoniale n'est pas admissible. Cette opinion, fondée sur la disposition expresse de l'article 1344, ne me paraît pas pouvoir être contestée. Mais je comprends que le doute s'élève dans la position inverse, c'est-à-dire, lorsque l'objet de la convention étant de cent cinquante francs ou au-dessous, la demande est formée pour une somme plus élevée. Il faut donc montrer que le principe de M. Toullier est général; qu'il s'applique aux deux hypothèses opposées.

D'abord, si l'objet de la société était de plus de cent cinquante francs, la loi obligeait les associés à rédiger leurs conventions par écrit. En n'obéissant pas à son injonction, ils se sont volontairement exposés à ne pouvoir point invoquer des témoignages; ils n'ont donc pas à se plaindre, si cette faculté leur est refusée. Qu'importe que par l'effet d'un paiement, ou de toute autre circonstance, l'obligation née de la convention soit réduite au-dessous de sa valeur primitive? Ce n'est pas là un motif suffisant pour mettre à l'écart la prohibition.

D'une part, le législateur a indiqué formellement la volonté de la maintenir (1); de l'autre, il est juste que celui qui n'obéit pas à la loi subisse la peine qu'elle prononce contre l'infraction.

Si, au contraire, l'objet de la société n'excédait pas cent cinquante francs, les associés n'ont pas été obligés d'en dresser acte. Ils ont su qu'ils pourraient prouver leur convention par témoins. Comment prétendre que ce droit cessera, si les bénéfices s'élèvent à une somme telle, qu'au moment où l'un d'eux viendra réclamer sa part, cette part excède cent cinquante francs? Ce serait déterminer l'espèce de preuve admissible pour prouver une convention, non d'après son objet, mais d'après des événemens imprévus. Les parties ne sauraient pas, au moment du contrat, quelles preuves elles devront fournir pour établir son existence. Leur droit, sous ce rapport, serait sujet à des variations incessantes. Selon l'état de la société au moment où un associé formerait sa demande, il pourrait produire des témoignages, ou il serait obligé de fournir des titres écrits; on verrait même ces deux genres de preuves devenir successivement possibles et impossibles: aujourd'hui des témoins pourraient être entendus, demain ils devraient être repoussés; plus tard leurs dépositions deviendraient de nouveau recevables, pour cesser de l'être encore une fois. Telle n'a pas été la pensée qui a dicté les dispositions des an-

(1) Art. 1344,

ciennes ordonnances sur cette matière, et les textes du Code civil qui les ont reproduites. On a toujours entendu que l'objet de la convention, au moment où elle se forme, et la valeur qu'il présente, doivent déterminer d'une manière stable et définitive l'espèce de preuve que pourraient employer les contractans.

Sans doute, quand on a subordonné l'admission de la preuve testimoniale à la valeur des choses qui donnent naissance à une contestation, on s'est fondé sur ce que celui qui pourrait obtenir, à l'aide de témoignages, une somme considérable, aurait par cela même les moyens de corrompre des témoins (1).

Il paraîtrait donc logique de prendre pour régulateur de l'admissibilité de la preuve, le chiffre porté dans la demande et non la valeur de l'objet du contrat. Mais la règle n'est pas ainsi faite, elle ne pouvait même pas être posée de cette manière.

Il fallait dire avec clarté et précision, en quels cas on devrait prendre la précaution de constater les conventions par des écrits; il fallait que cha-

(1) Ce n'est pas le seul motif qui ait déterminé le législateur. M. Toullier enseigne que la défense d'admettre la preuve testimoniale, dans les cas prohibés, a été faite d'abord pour obvier à cette multitude de procès dispendieux et compliqués que faisait naître l'admission de la preuve testimoniale, dans le cas où l'on avait pu s'en procurer une littérale; procès dont la multiplicité et l'importance portaient le trouble dans le sein de la société, en divisant non-seulement les individus, mais encore les familles et les amis qui ne manquent jamais de prendre parti pour ou contre l'une ou l'autre des parties belligérantes. *Premier motif*, dit-il, qui intéresse la paix de la société. » Tome IX, n° 41.

eau sût en contractant, de quel genre de preuve il était obligé de se pourvoir ; qu'il connût la limite au-delà de laquelle le témoignagne des hommes devenait suspect, et l'écriture indispensable. Certes, ce but n'aurait pas été rempli, si la loi eût donné pour base à sa prohibition, au lieu de la valeur des choses au moment de la convention, la quotité nécessairement incertaine des sommes qui pourraient être réclamées dans l'avenir. L'article 1344 suppose qu'une demande est formée pour une somme qui n'excède pas cent cinquante francs ; la subornation des témoins n'est donc pas présumable ; et cependant la preuve testimoniale reste frappée de prohibition, à cause de la somme à laquelle se montait la créance dans l'origine. Danty donne la véritable raison, pour laquelle, dans ce cas, la preuve testimoniale est repoussée. C'est parce que « Celui, auquel il est dû plus de cent livres, a dû prendre la précaution d'en passer un acte par écrit suivant l'ordonnance; et que si la preuve testimoniale était permise, il s'ensuivrait que, contre la disposition expresse de l'ordonnance, on pourrait prouver par témoins une convention verbale excédant cent livres. » (1)

Qu'on songe à quelles conséquences singulières conduirait la doctrine que je combats.

On aurait contracté pour choses excédant 150 fr.; on aurait enfreint la loi qui exigeait qu'il en fût passé acte par écrit, et cependant on pourrait prouver plus tard l'existence de la convention,

---

(1) Traité de la preuve par témoins, 1re partie, ch. XVIII, n° 6.

parce que le temps et les évènemens auraient réduit l'intérêt des parties, et que l'une d'elles ne réclamerait que 150 francs seulement ou une somme inférieure!

Supposons au contraire qu'une convention ait eu pour objet des choses d'une valeur de 150 fr. ou au-dessous. Bien que les parties aient compté et dû compter sur la possibilité d'en établir l'existence par des témoignages, bien qu'elles n'aient violé aucune loi, qu'elles n'aient à se reprocher aucune négligence; il suffira qu'une cause quelconque élève la créance à plus de 150 francs, pour que la preuve, qui était permise dans l'origine, cesse de l'être, pour que la faculté qu'accordait un texte formel soit perdue!

Ainsi, la faveur serait pour celui qui aurait enfreint la loi, la prohibition pour celui qui l'aurait exactement observée!

L'inconséquence et l'iniquité de ces résultats sont évidentes; cependant un texte semble en admettre une partie. L'art. 1342 veut, en effet, que la prohibition s'applique au cas où l'action contient, outre la demande du capital, une demande d'intérêts qui réunis au capital excèdent la somme de 150 francs. C'est bien défendre de prouver, à l'aide de témoignages, l'existence d'une créance, quoiqu'elle fût moindre de 150 francs, quand elle s'est formée, et par cela seul qu'elle s'est accrue au-delà de cette somme. Mais dans cette hypothèse, il y a une violation indirecte des dispositions de la loi, et par conséquent juste motif d'appliquer la peine qu'elles prononcent. Lorsque l'objet d'un

engagement est une somme tellement voisine de la limite légale, qu'il suffit que quelques intérêts soient joints au principal, pour que le total dépasse 150 fr., le créancier doit s'imputer ou de n'avoir pas exigé le paiement des intérêts, avant qu'ils fissent obstacle à la preuve testimoniale, ou d'avoir accepté, sans écrit, une obligation qui devait si promptement excéder le chiffre fatal. Dira-t-on que quiconque forme une société doit également prévoir que les bénéfices s'élèveront assez haut pour que la preuve testimoniale ne soit plus admissible, lorsqu'il s'agira de les partager? Il est évident que les positions ne sont point semblables. La somme que produiront les intérêts est connue d'avance; le jour, où réunis au capital ils excéderont 150 fr., est certain. Au contraire les bénéfices d'une société, qui peut en déterminer la somme et le temps!

Au surplus, si l'on admettait l'assimilation, on ne devrait plus se borner à dire, avec l'art. 1834, que les sociétés doivent être rédigées par écrit, lorsque leur objet est d'une valeur de plus de 150 fr.; il faudrait proclamer la nécessité d'un acte écrit pour la constatation de toute société; car, dans toutes, se rencontre la possibilité d'un accroissement du fonds social, au moyen des bénéfices. Ainsi, la disposition exceptionnelle de l'art. 1342 ne doit pas être étendue à la matière qui est ici traitée; et pour décider si la preuve d'une société peut être faite par témoins, il faut considérer uniquement l'objet de la société et sa valeur. S'il est de plus de 150 fr., la prohibition est applicable, alors même que la

part réclamée par un associé serait au-dessous; et *vice versâ*, si l'objet de la société n'excède pas 150 fr., la preuve testimoniale est permise, quoique la demande formée par un associé tende à obtenir une somme plus considérable. (1)

74. L'objet de la société est l'ensemble des choses qui composent le fonds social; c'est donc la valeur de ces choses réunies, et non la valeur de chaque mise particulière, qui doit être prise en considération, lorsqu'il s'agit d'apprécier l'espèce de preuve, à l'aide de laquelle l'existence de la société peut être établie.

M. Duranton ne partage pas cette opinion. « Il serait absurde, dit-il, que si vingt personnes avaient mis en commun chacune dix francs pour une cer-

(1) Un arrêt de la Cour de Turin a consacré cette doctrine; on lit dans ses considérans : « que la disposition de l'art. 1341 du Code Napoléon, est totalement inapplicable à l'espèce, puisque l'objet de la société est d'une valeur beaucoup moindre de 150 fr., et que d'ailleurs, il n'est pas douteux que, pour déterminer l'objet de la société, il faut uniquement regarder le montant de la somme ou la valeur de la chose que les parties ont mise en commun; le bénéfice qui peut en résulter, n'étant qu'un objet incertain, futur, accessoire et dépendant du contrat principal de société. » Sirey, 7. 2. 641; Dalloz, v° *Société*, page 65. M. Duranton qui ne partage pas cette opinion cherche à atténuer l'autorité de ce précédent, en faisant remarquer que dans l'espèce l'existence de la société était reconnue, qu'il n'y avait contestation que sur le nombre et la nature des opérations qu'elle devait embrasser. L'observation est exacte; mais elle n'est pas concluante. L'arrêt admet la preuve testimoniale pour établir les clauses d'une société, dont l'objet était au-dessous de 150 fr., quoique les bénéfices s'élèvent fort au-dessus de cette somme; il pose donc le principe que l'admission de la preuve testimoniale ne dépend pas de la somme qui est l'objet de la demande. *Voy.* M. Duranton, tome XVII, n° 343 en note.

taine destination, et livré ces sommes à l'une d'elles, aucune ne pût prouver par témoins la convention de société et la réalisation de la mise, sous prétexte que l'objet de la société, le fonds social, le total des mises, était dans l'origine de plus de cent cinquante francs. » (1)

Sans doute, si plusieurs personnes, agissant séparément, confient à une autre la faible somme de dix francs, chacune pourra établir, par des témoignages, sa convention particulière. Mais si, dirigées par une même pensée, se proposant un but unique, elles mettent en commun des choses dont la valeur excède cent cinquante francs, on ne voit point pourquoi elles seraient affranchies de l'obligation de consigner leur convention dans un écrit. La société n'est point une réunion de contrats séparés et distincts; c'est un contrat unique qui embrasse plusieurs intérêts et qui lie plusieurs personnes. Chaque associé n'a pas songé seulement à sa mise, il a vu et su à quelle somme s'élevait le fonds social composé de toutes les mises particulières; il s'est peut-être déterminé à entrer dans l'association, précisément en considération de la valeur de ce fonds; il n'y a donc pas de motif raisonnable pour dire que, relativement à chaque associé, l'objet de la société, c'est sa mise personnelle. Souvent les mises sont inégales; il peut arriver qu'il y en ait une supérieure et une autre inférieure à cent cinquante francs; il fau-

(1) Tome XVII, n° 343.

drait donc alors admettre que, pour celui qui aurait fourni la première, la preuve testimoniale serait impossible, et qu'elle serait permise à celui qui aurait donné la seconde. Ainsi, la prohibition et la faculté co-existeraient; aujourd'hui des témoignages seraient admis, demain il faudrait un écrit pour établir l'existence de la même convention; la société prouvée à l'égard de Paul, ne le serait pas à l'égard de Pierre; la preuve insuffisante pour celui-ci, serait efficace pour celui-là. Voilà où l'on arrive, lorsque, au lieu de se tenir constamment attaché à un principe fixe, on cède à l'influence des faits, on se laisse séduire par des considérations.

75. L'acte de société, s'il est sous signature privée, doit, conformément à l'art. 1325 du Code civil, être fait en autant d'originaux, qu'il y a d'associés; et chaque original doit contenir la mention du nombre des originaux qui ont été faits.

76. On voit, d'après ce qui vient d'être dit, que le contrat de société n'est point soumis, quant à la preuve, à des règles spéciales. Mais le soin particulier avec lequel les principes généraux ont été rappelés dans ce titre, les précautions extraordinaires qui ont été prescrites par l'ordonnance de 1673 et par le Code de commerce, pour assurer la constatation et la publicité des sociétés commerciales, montrent qu'en cette matière, moins qu'en toute autre, il est permis de transiger avec la rigidité des règles. C'est donc avec quelque étonnement qu'en parcourant les monumens de la jurisprudence ancienne et moderne, on ren-

contre de nombreuses décisions qui semblent avoir adopté une doctrine un peu relâchée.

Cette tendance des tribunaux à s'écarter des principes pour lesquels le législateur montre une sorte de prédilection, a été remarquée par les jurisconsultes; mais ils ne me semblent pas avoir recherché avec assez de soin les causes auxquelles elle doit être attribuée. Un examen attentif des espèces, sur lesquelles sont intervenus les arrêts, donne l'explication de cette lutte, plus apparente que réelle, entre la jurisprudence et la législation.

77. D'abord, la plupart des décisions qui ont tenu pour suffisamment prouvées des sociétés, dont il n'y avait point d'acte écrit, ont été rendues au profit de tiers contre les associés; elles ont reconnu que, lorsque le fait de l'association est constant et notoire, lorsque les tiers ont contracté sur la foi de cette notoriété, il n'est pas permis aux associés d'exciper du défaut d'acte écrit, et d'argumenter de leur propre faute, pour se soustraire aux conséquences légales de leurs engagemens. Le législateur a lui-même adopté cette doctrine. La loi commerciale, on le sait, n'exige pas moins impérieusement que la loi civile, que les sociétés soient constatées par écrit; elle ajoute même à la formalité de l'écriture, d'autres formalités; elle veut que toutes soient observées, à peine de nullité; et cependant elle déclare que le défaut d'aucune d'elles ne pourra être opposé à des tiers par les associés (1).

(1) Cod. Comm., art. 42.

« La société une fois prouvée, disait M. Treilhard, dans la discussion du Code de commerce, ne *fût-elle pas constatée par un acte*, les obligations contractées en son nom, au profit des tiers, n'en doivent pas moins avoir leur effet. » (1)

M. Regnaud de Saint-Jean-d'Angely faisait remarquer que, quoique l'ordonnance de 1673 fût conçue en termes généraux, et parût ne comporter aucune exception; cependant, jamais les tiers n'avaient été déchus de leurs droits contre une société, à l'égard de laquelle les formalités n'avaient pas été observées. (2)

Ainsi, lorsque la jurisprudence protectrice des tiers les autorise à prouver, au moyen de titres quelconques, l'existence d'une société, elle n'est point en opposition avec les principes; elle admet seulement une exception qui a toujours paru sage et convenable. (3)

78. Cette exception ne doit pas, au surplus, être étendue au-delà de certaines limites :

Premièrement, des tiers ne seraient pas recevables à prouver directement, par des témoignages, qu'une convention a été faite entre certaines personnes, et qu'elle a établi entre elles une so-

---

(1) M. Locré, tome XVII, page 200.

(2) *Ibid.*, page 202.

(3) *Voy.* Denisart, v° *Société*; ancien Répertoire de jurisprudence, *eod. verbo*; arrêt de la Cour de cassation du 2 mess. an IX; Sirey, 2. 1. 10. *Voy.* les conclusions de M. Merlin dans l'affaire, Questions de droit, v° *Société*, § 1; arrêt du 4 nivose an IX, *loc. cit.*, enfin un arrêt du 28 germ. an XII; Sirey, 5. 1. 33.

ciété; ils peuvent seulement puiser la preuve de la société, dans des écrits émanés des associés, dans des actes où cette qualité leur a été donnée sans réclamation de leur part, ou même dans des faits non contestés qui supposent nécessairement que la société a été formée, et qu'elle a agi. Tels ont toujours été, en effet, les élémens de preuve qu'ont admis les tribunaux en faveur des tiers.

Voici comment s'exprime à ce sujet Bornier, dans son Commentaire sur l'ordonnance de 1673 (1) : « Il y a quelquefois des sociétés tacites, qui ont le même effet que celles qui sont établies par contrat, quoiqu'elles ne soient présumées que par les circonstances et les conjectures ; comme si deux personnes ont négocié ensemble ; si après la négociation, l'un des associés a vendu quelque chose dépendante de la société ; si tous deux ont assisté au compte qui a été fait avec leurs créanciers ; si la société a été reconnue en jugement ; s'ils ont habité ensemble, joui et fait valoir les biens d'une commune main, et autres conjectures qui peuvent induire une société (2). Néanmoins, l'ordonnance exclut la preuve par témoins, conformément à l'art. 54 de celle de Moulins. »

Rousseau-de-Lacombe va même plus loin il rappelle que Carondas, Pand. liv. 2, ch. 33, dit « que certains marchands s'étant communiqué ensemble quelques marchandises et ayant trafi-

(1) Tit. 4, art. 1

(2) Ce passage est la traduction presque littérale des notes de Godefroy, sur la loi 52 ff. § 6, *Pro socio.*

que en icelles, par arrêt, l'un fut reçu à prouver, *par témoins*, une telle société, ce qui paraît, ajoute-t-il, devoir être observé nonobstant l'ordonnance de 1673, parce qu'en ce cas, c'est une société tacite, *quæ re contrahitur*. » (1)

Je ne pense pas que cette doctrine puisse être suivie aujourd'hui. La modification de la règle qui exige un acte doit se borner à admettre comme preuves, dans l'intérêt des tiers, des titres ou des faits constans qui supposent nécessairement l'existence de la société.

79. En second lieu, pour que l'on puisse demander à établir le fait de l'association, il faut qu'on ait traité sur la foi de son existence et dans la pensée d'avoir tous ses membres pour obligés. Celui qui aurait contracté avec moi, ignorant que je suis associé, en secret, avec d'autres, ne devrait pas être admis à faire la preuve de l'existence de la société, afin d'avoir action contre tous les associés. Cette faculté ne saurait lui être accordée, puisque de mon côté, je ne pourrais exiger qu'il divisât son action entre moi et mes coassociés, entièrement inconnus de lui et du public. (2)

Cette distinction n'a point échappé aux anciens

(1) V° *Société*, part. I, n° 9. Lapeyrère atteste avoir vu juger au Parlement de Bordeaux, que bien qu'il n'apparaisse point d'acte de la société, la preuve d'icelle est recevable par écrit et témoins conjointement. Lett. T. n° 25.

(2) Savary, part. II, liv. I, chap. I, Toubeau, liv. II, tit. III, ch. IV; Jousse, sur le préambule du tit. IV de l'ordonnance de 1673; Bornier, sur l'art. 8, tit. IV de la même ordonnance; Pothier, de la Société, n° 102.

jurisconsultes. Ils ont bien reconnu et clairement indiqué la différence entre les sociétés dont il n'a pas été dressé acte, mais qui sont révélées par la conduite des associés, dont quelques titres démontrent même l'existence, qui enfin sont prouvées par la notoriété, et les sociétés véritablement secrètes, qui ne paraissent point au-dehors, que l'un des associés administre en son nom, et comme s'il était seul intéressé aux opérations. C'est la première qui était admise; celle de seconde ne devait pas l'être par les raisons que j'ai déjà indiquées. Au surplus, elles avaient reçu des dénominations différentes qui les caractérisaient assez bien. Les unes étaient appelées sociétés *tacites*, parce qu'elles se forment par le consentement tacite des parties; les autres se nommaient sociétés *participes* ou *anonymes*, parce que, dit Savary, elles n'ont point de nom, ne sont connues de personne que des associés, et qu'il n'y a que celui qui agit qui soit connu et qui *s'oblige*(1).

83. Lorsque la question d'existence de la société s'agite entre les associés, les raisons qui militent en faveur des tiers perdent toute leur autorité. Il semble donc que la règle qui a pu fléchir dans l'intérêt de ceux qui n'ont point concouru à la convention, doit s'appliquer aux par-

(1) Savary, part. II, liv. I, chap. I. On voit que la qualification de *société anonyme* a changé d'acception; elle s'applique aujourd'hui aux sociétés autorisées par le roi, en la forme indiquée par l'art. 37 Cod. com.

ties contractantes, rigoureusement et sans restriction. Cependant les actes judiciaires ne nous montrent point avec ce caractère absolu; et l'on a vu plus d'une fois les tribunaux souffrir qu'un associé prouvât, contre ses coassociés, l'existence d'une société qu'ils avaient les uns et les autres négligé de rédiger par écrit. Il importe de déterminer dans quelles circonstances et par quelles considérations il est permis d'admettre ainsi des preuves, autres que celle qu'un texte formel déclare seule suffisante, seule admissible. Cela est indispensable afin que, si une exception doit être admise, elle soit bien circonscrite, autrement elle s'élèverait aussi haut, s'étendrait aussi loin que le principe, et le détruirait entièrement. Il ne faut point oublier ce qui a été dit précédemment, que l'art. 1834, en prescrivant de rédiger les sociétés par écrit, n'a pour but que de reproduire la règle générale placée dans l'art. 1341, qu'il n'a point proscrit les différentes espèces de preuves qui sont admises en toute autre matière. Ainsi, toutes les fois que les juges accueillent comme preuves d'une société, même entre associés, des documens qui, à défaut d'acte écrit, prouveraient l'existence d'une vente ou d'une autre convention, leur décision, conforme au droit commun, porte avec elle sa justification.

82. C'est donc sur les cas, dans lesquels l'admission des preuves est déterminée par des raisons exceptionnelles, que l'attention doit se porter.

Un arrêt de la Cour de Turin, du 10 avril

1811 fournit un exemple d'autant plus remarquable, qu'au premier coup-d'œil on est porté à croire qu'il a été rendu par application des principes généraux.

Un sieur Tortone prétendait qu'une société avait été formée entre lui et le sieur Cufasso : celui-ci niait et soutenait qu'à défaut d'acte écrit, aucune preuve n'était admissible. Tortone produisait, comme justifiant son allégation, plusieurs titres et notamment un bail dans lequel lui et Cufasso, stipulant avec un tiers, s'étaient expressément qualifiés d'associés. Cette qualification a paru à la Cour constituer une preuve suffisante, aux termes de l'art. 1320 du Code civil, qui porte que l'acte, soit authentique, soit sous seing privé, fait foi entre les parties, même de ce qui n'y est exprimé qu'en termes énonciatifs, pourvu que l'énonciation ait un rapport direct à la disposition (1). Cet article pouvait-il être appliqué ; l'aurait-il été, si, au lieu d'une société, il eût été question de prouver tout autre contrat? Cela est douteux. L'article 1320 n'entend pas accorder aux simples énonciations un degré de certitude plus grand que celui qui est attribué aux stipulations formelles ; et si l'accomplissement de quelques formalités est nécessaire, pour que l'acte fasse preuve des conventions qu'il renferme, ces formalités sont également indispensables, pour que foi soit accordée aux énonciations qu'il contient.

---

(1) Arrêt du 10 avril 1811 ; Sirey, 13. 2. 352 ; Dalloz, v° *Société*, page 84.

Or, on sait que tout acte sous seing privé, contenant des conventions synallagmatiques, n'est pas valable, s'il n'est fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. Le bail, pris comme offrant la preuve de la société, n'était donc pas un acte valable. Sans doute, il avait été fait en deux originaux ; l'un pour les preneurs, l'autre pour le bailleur ; et, en tant que bail, rien ne manquait à sa validité. Les deux associés avaient un intérêt identique, relativement au tiers avec lequel ils avaient contracté ; sous ce rapport, il suffisait d'un seul original pour tous les deux. Mais si l'on se place à un autre point de vue, si l'on s'attache aux énonciations qui fournissent la preuve de la société ; les intérêts des associés cessent d'être unis et confondus ; ils se divisent, ils deviennent même contraires ; dès-lors, un original était nécessaire pour chaque associé ; et celui qui était entre les mains de l'un ou de l'autre ne remplissait plus le vœu de l'art. 1325 du Code civil. La décision de la Cour de Turin laisse donc prise à la critique, si elle est uniquement fondée, comme l'indiquent ses considérans, sur le droit commun, et sur la disposition de l'article 1320 du Code civ. On ne peut d'ailleurs la défendre, en disant que les deux associés, ayant exécuté le bail, étaient non recevables à exciper du défaut de confection d'un original pour chacun ; car c'est leur engagement envers le tiers qui avait reçu son exécution et non leurs obligations respectives, en qualité d'associés.

Cependant, tout en critiquant, comme je viens

de le faire, les motifs de cet arrêt, je pense qu'il a donné une solution juridique aux questions qui étaient soumises à la Cour, et qu'il a fait bonne justice en voyant dans la qualité d'associés prise par Tortoni et Chiffon la preuve qu'une société avait existé entre eux. Je vais expliquer les motifs sur lesquels est fondée cette opinion.

On ne trouve dans les recueils d'arrêts que peu de détails sur la situation respective des deux associés; il n'est point dit précisément quel but se proposait celui qui demandait à prouver l'existence de la société, seulement la nature et le nombre des actes qui étaient présentés comme preuves, indiquent que la société remontait à un temps éloigné, et qu'elle avait reçu une exécution assez prolongée. Il est donc vraisemblable que le demandeur réclamait plutôt pour le passé l'effet des rapports qui avaient existé entre lui et son associé, que leur continuation dans l'avenir. En pareille occurrence, il était permis de se montrer plus facile sur les éléments de la preuve; car c'était moins une convention qu'il s'agissait d'établir. Celui qui, dans une semblable situation, allègue l'existence de la société, ne dit pas précisément qu'à une époque déterminée une convention est intervenue entre son adversaire et lui; qu'elle a créé entre eux une association; qu'elle en a fixé la durée, qu'elle leur a assigné telle ou telle part dans les bénéfices et dans les pertes; qu'enfin ils sont liés par telles ou telles stipulations. Il se borne à citer des faits incontestables, à montrer certains actes qui ne peuvent

s'expliquer que par l'existence d'une association antérieure, à laquelle il veut faire produire ses conséquences naturelles. Si telles ont été en effet les circonstances et les prétentions sur lesquelles a eu à prononcer la Cour de Turin, je crois qu'elle a pu accueillir la preuve qui lui était offerte ; mais elle aurait, à mon sentiment, violé tous les principes, si, sur la simple énonciation contenue dans le bail, elle avait déclaré qu'une société était formée entre les parties pour une durée déterminée et avec des conditions particulières. Tout au plus aurait-elle pu voir dans le bail un commencement de preuve par écrit et permettre de le compléter par la preuve testimoniale, ou par des présomptions graves, précises et concordantes.

Ainsi, ou l'associé se propose d'établir qu'une convention composée de stipulations diverses est intervenue et il en demande l'exécution, ou il se borne à soutenir qu'il a existé une association dont les effets doivent être réglés suivant le droit commun. Dans le premier cas, il faut appliquer rigoureusement les règles générales ; dans le second, on peut admettre comme preuves, des faits ou des actes qui supposent nécessairement le fait d'association. Cette distinction se retrouve dans un arrêt de la Cour de Paris, rendu entre les frères Véry et la dame Dalvimart (1), et dans un arrêt de la Cour de Bruxelles du 28 février 1810 (2).

(1) Du 17 avril 1807 ; Sirey, 7. 2. 1204 ; Dalloz, v° *Société*, p. 84.

(2) Sirey, 14. 2. 93 ; Dalloz, *loc. cit.* Voy. Questions de droit de Merlin, v° *Société*, § I.

Elle renferme, au surplus, dans des limites bien arrêtées l'exception à la règle générale.

83. Une double cause a amené cette espèce de transaction avec les principes.

D'une part, les anciens usages et les dispositions des coutumes, qui tenaient pour associés ceux qu'on voyait vivre en commun et confondre leurs intérêts, n'ont pas perdu tout-à-coup leur influence; les lois abrogent les lois, mais elles ne changent pas en un jour les mœurs et les habitudes. Il est tout naturel que des faits qui anciennement eussent produit une présomption légale, aient quelquefois paru aux juges constituer une preuve.

D'un autre côté, l'exécution de presque tous les contrats consiste en un fait unique, ou en un petit nombre de faits qui, d'ailleurs, se passent entre les parties contractantes seulement. La société, au contraire, se révèle par des actes géminés, et auxquels les tiers sont fréquemment appelés à concourir. Ce n'est donc pas sans raison que l'on a souvent admis comme preuves des sociétés, les inductions tirées de faits d'exécution, et les énonciations placées dans des actes émanés des associés, surtout lorsque des tiers y ont figuré.

84. Il est hors de mon sujet de parler de la forme des sociétés commerciales, de la solennité et de la publicité des actes qui servent à les constater; tout cela est réglé par des dispositions spéciales du Code de commerce. S'il m'est arrivé d'en citer quelques-unes, c'est comme argumens à

l'appui des opinions que j'ai émises, non avec la pensée d'en offrir l'exposition complète et le commentaire.

CHAPITRE II.

Des diverses espèces de sociétés.

SOMMAIRE.

85. *Division de la matière. Sociétés universelles, sociétés particulières.*

85. « Les sociétés, disait M. Treilhard au corps législatif, peuvent être universelles ou particulières; elles sont *universelles*, quand elles comprennent tous les biens des associés, ou tous les gains qu'ils peuvent faire; elles sont *particulières*, quand elles n'ont pour objet que des choses déterminées. C'est la volonté, et la volonté seule des parties, qui règle ce qui doit entrer dans la société et qui la range par conséquent dans l'une ou l'autre de ces classes. » (1)

Universelles ou particulières, les sociétés sont soumises à-peu-près aux mêmes règles; et les rédacteurs du Code civil, en divisant ce chapitre en deux sections, n'ont point eu la pensée de placer chaque espèce de société sous l'empire de dis-

(1) M. Locré, tome XIV, pag. 510, n. 6. Pro socio.

positions distinctes et spéciales. Leur but, comme on peut s'en convaincre en parcourant les articles 1835 et suivans, a été d'indiquer surtout ce qu'embrasse chaque société, selon que les parties contractantes lui ont appliqué l'une ou l'autre dénomination, de désigner les biens qui ne peuvent être compris dans les sociétés universelles, et les personnes qui peuvent les former. Il y a cependant, entre les deux classes de sociétés, quelques différences qui dérivent de leur constitution même. Quoique aucun article ne les indique, on ne saurait nier qu'elles existent; et c'est précisément parce que le législateur ne les a pas signalées, qu'il est nécessaire de les faire bien ressortir. Après avoir pris ce soin, on pourra dire que les règles développées dans les chapitres suivans s'appliquent également à toutes les sociétés.

SECTION PREMIÈRE.

Des sociétés universelles.

SOMMAIRE.

86. *Il y a trois sortes de sociétés universelles : la société* de tous biens présens, *la société universelle* de gains, *la société* de tous biens présens *jointe à la société* de gains.
87. *Caractères généraux de ces sociétés.*
88. *Division de la matière.*

86. L'article 1836 distingue deux sortes de so-

ciétés universelles, la société de tous biens présens et la société universelle de gains.

La volonté des parties peut en créer une troisième, la société de tous biens présens, jointe à la société de gains.

87. Les unes et les autres sont aujourd'hui très rares ; et à moins de modifications fort invraisemblables dans l'opinion et dans les mœurs, leur nombre ne doit pas s'accroître à l'avenir.

Cela s'explique aisément. De pareilles associations, comme je l'ai montré dans le chapitre Ier (1), ne sont guère propres à atteindre le but que les économistes assignent aux sociétés véritables. Elles ont plutôt pour objet une jouissance en commun, que la perception de bénéfices créés par la fusion de capitaux se fécondant les uns les autres. Elles sont plus passives qu'actives. Par conséquent, c'est par une disposition d'esprit toute exceptionnelle qu'on peut être porté à former de pareilles relations. Ceux qui cherchent à les établir et qui espèrent qu'elles auront une longue durée, consultent plus leur penchant que leur intérêt. Il n'y a que des gens unis par les liens d'une étroite amitié, d'une intime confiance, qui puissent songer à contracter une société universelle. C'est d'une société de cette espèce qu'il est vrai de dire, avec Ulpien, qu'elle a quelque chose de la fraternité (2). L'épo-

(1) Voy. *suprà*, nos 4 et suiv.

(2) *Societas jus quodammodo fraternitatis in se habet.* L. 63. pr. ff. *Pro socio.*

que où nous vivons, et les doctrines qui la gouvernent ne sont guère favorables à la formation et à la durée de ces contrats, dont l'affection réciproque des parties est la source, et qui doivent se rompre le jour où s'éteint la sympathie.

Je réduirai donc, autant que possible, ce que j'ai à dire sur cette matière; de longs développemens seraient sans application et sans utilité.

88. Je traiterai, dans trois paragraphes distincts, de la société universelle des biens présens, de la société universelle de gains, de la société des biens présens réunie à la société de gains. Un quatrième expliquera quelques règles qui leur sont communes.

§ Ier.

De la société de tous biens présens.

SOMMAIRE.

89. *On ne peut faire entrer, dans la société de tous biens présens les biens à venir.*

90. *La prohibition s'applique aux meubles comme aux immeubles.*

91. *Les biens même acquis à titre onéreux, pendant la société, sont exclus, à moins qu'ils ne soient achetés avec les revenus des biens présens;*

92. *Ou acquis à titre d'échange ou de remploi des mêmes biens.*

93. *La société de tous biens présens ne comprend pas les fruits des biens à venir, à moins de stipulation expresse.*

94. *Le bien acquis, avant la société, sous une condition suspensive qui s'accomplit pendant sa durée, tombe dans la société; il en est de même du bien aliéné par l'un des associés, avant la société, et qui est recouvré, pendant sa durée, au moyen de la résolution de l'aliénation.*

95. *Lorsqu'il y a doute sur l'époque à laquelle un bien a été acquis, il est censé l'avoir été avant la société, il fait partie de l'actif social.*

96. *Les dettes relatives aux biens présens sont seules à la charge de la société.*

97. *Les arrérages et intérêts des dettes relatives aux biens à venir ne font point partie du passif de la société.*

98. *En quel cas les dettes contractées, pendant la durée de la société, sans justification de leur cause et de l'emploi des deniers, sont à la charge de la société? Dissentiment avec MM. Delvincourt et Duranton.*

99. *Les dots des enfans des associés ne font point, comme dans l'ancien droit, partie du passif de la société.*

100. *On ne doit pas même y comprendre les dépenses personnelles des associés et celles de leur famille.*

101. *Les époux peuvent, par contrat de mariage, former une communauté universelle comprenant leurs biens présens et leurs biens à venir. L'art. 1837 ne leur attribue aucun autre droit.*

102. *Ils ne peuvent, pendant le mariage, établir entre eux aucune société universelle.*

103. *La société, dans laquelle il a été stipulé qu'elle comprendrait les biens présens et à venir, est nulle, même comme société de biens présens. Effet que produit, en général, la stipulation illicite sur la stipulation licite, à laquelle elle est jointe.*

89. La société de tous biens, *universorum bo-*

norum, comprenait, dans l'ancien droit, tous les biens présens et à venir des contractans.

Le Code civil ne permet pas de lui donner autant d'extension. Il la nomme société de tous biens *présens*; il déclare qu'elle embrasse tous les biens meubles et immeubles que les parties possèdent *actuellement* et les profits qu'elles pourront en tirer; il permet d'y comprendre aussi toute autre espèce de gains. Mais il défend d'y faire entrer, autrement que pour la jouissance, les biens qui pourraient advenir par succession, donation ou legs.

90. Cette prohibition s'applique aussi bien aux meubles qu'aux immeubles; il n'y a aucune distinction dans le texte, et les raisons qui l'ont fait établir sont indépendantes de la nature des biens.

91. Ainsi, lorsqu'une société de tous biens présens est stipulée purement et simplement, elle ne comprend que les biens dont la propriété réside, au moment du contrat, entre les mains des parties, et les profits qu'elles en pourront tirer. Les biens qu'elles recevront par succession, donation ou testament, et leurs fruits en sont exclus. Il en est de même des biens qui seraient acquis à titre onéreux, à moins, toutefois, que les acquisitions ne soient faites au moyen des revenus des biens présens; car, alors elles seraient des profits tirés de ces biens. Mais la justification de l'origine des deniers sera toujours assez difficile; il arrivera donc rarement qu'une société de biens présens embrasse des biens achetés pendant sa durée.

92. Ceux qui seraient acquis à titre d'échange

ou de remploi (1) des biens présens, n'étant que la représentation de ceux-ci, devraient évidemment figurer dans l'actif de la société. (2)

93. M. Duranton pense que, dans une société de biens présens, doivent être compris les fruits des biens futurs; même de ceux qui adviennent aux associés à titre gratuit. Il reconnaît cependant que le premier alinéa de l'article 1837 semble les repousser, puisqu'il ne désigne comme élémens de l'actif social que les profits des biens présens. Il avoue que cette disposition peut, avec raison, être considérée comme excluant les fruits des biens futurs; puisqu'elle exclut les gains que feraient les associés par l'exercice d'une industrie; en effet, aux termes du second alinéa de l'article, ces gains n'entrent dans la société qu'autant qu'il y a convention expresse à cet égard. Mais la considération qui lui paraît décisive, c'est qu'on a entendu déroger à l'ancien droit, relativement à la propriété des biens advenus aux associés par succession, donation ou legs durant la société, et non quant à la jouissance de ces mêmes biens. Il ajoute, d'ailleurs, que « de même que les fruits des immeubles advenus aux époux par ces voies, durant le mariage, tombent dans leur communauté, quoique les biens eux-mêmes n'y tombent pas, du moins de droit commun; de même, les fruits des biens échus aux associés durant la société, et qui leur demeurent propres aussi, doivent

(1) Argument de l'art. 1407.
(2) M. Toullier, tome XII, n° 154.

entrer dans leur société. » — « Cela est confirmé, poursuit-il, par la rédaction de la seconde partie de l'article qui, après avoir dit que les parties peuvent comprendre dans leur société toute autre espèce de gains, ajoute : « *Mais les biens qui pourraient leur advenir par succession, donation ou legs, n'entrent dans cette société que pour la jouissance.* Donc ils y entrent pour cela ; ils y entrent, sans qu'il y ait besoin d'une stipulation à cet égard. » (1)

Aucun de ces argumens n'a de véritable force. D'abord, il suffit qu'on ait exclu de la société la propriété des biens échus aux associés, à titre gratuit, pour que les fruits de ces biens aient cessé d'en faire partie. Il n'a pas fallu pour cela de disposition expresse. Dans l'ancien droit, les fruits étaient compris dans la société, parce que les biens l'étaient eux-mêmes ; aujourd'hui, ces fruits ne doivent plus entrer dans l'actif social, parce que les biens n'en font plus partie. L'accessoire suit le sort du principal.

La communauté conjugale embrasse les fruits des biens qui restent propres aux époux. Cela est vrai ; mais c'est une exception à la règle générale que je viens de rappeler, exception qu'un texte formel a créée.

Enfin, le second alinéa de l'article 1837 n'a point le sens qu'on lui prête. Il commence par autoriser les parties à comprendre dans la société toute sorte de gains ; puis, il ajoute : que la jouis-

(1) Tome XVII, n° 351.

sance seulement des biens échus à titre gratuit entrera dans la société. Évidemment, cette dernière partie de la disposition se rapporte à ce qui est prévu dans la première, c'est-à-dire, au cas où les parties ont ajouté à la société des biens présens, la société des gains de toute sorte. En un mot, le premier alinéa exclut les fruits des biens futurs, de la société de tous biens, lorsqu'elle est pure et simple; le second les admet, lorsqu'elle est modifiée par la convention.

Au surplus, pourquoi a-t-on défendu de comprendre dans les sociétés universelles les biens à venir? M. Treilhard nous l'apprend. C'est parce que ces sociétés peuvent souvent servir à déguiser des donations, et que les donations des biens à venir sont défendues, sauf le cas de mariage; c'est, d'ailleurs, parce qu'en général il doit y avoir égalité de mises dans la société, qu'elle n'existerait pas entre deux hommes peut-être égaux en fortune, au moment du contrat, mais dont l'un n'aurait aucune perspective d'augmentation pour la sienne, pendant que l'autre aurait des perspectives immenses, prochaines, immanquables (1). Or, d'une part, il ne serait point permis de comprendre dans une donation, des fruits de biens à venir: on ne doit donc pas supposer que la législation les fasse entrer de plein droit dans une société universelle. D'un autre côté, l'égalité serait souvent détruite si ces fruits tombaient dans la société. Il faut donc décider qu'ils en sont exclus, à

(1) M. Locré, tome XIV, p. 520.

moins qu'une volonté formelle de les y comprendre n'ait été exprimée, en stipulant une société de toute sorte de gains.

Le projet du Code civil déclarait formellement que la jouissance des biens à venir n'entrerait dans aucune société, pas même dans la société de tous gains. « Les biens que les associés possèdent au jour du contrat, disait-il, n'y entrent (dans la société universelle de gains) que pour la jouissance. Ceux qui leur échoient pendant la société, par succession, donation, ou legs *n'y tombent en aucune manière* (1). » Le second alinéa de l'article 1837 lève la prohibition; mais le texte n'est pas assez explicite, pour qu'on puisse affirmer que c'est d'une manière absolue, sans aucune réserve, et même pour la société de biens présens. Loin de là, comme je l'ai déjà fait remarquer, il ne parle des fruits des biens futurs, qu'après avoir prévu le cas où les parties auraient stipulé que leur société comprendrait les gains de toute sorte; c'est donc dans cette dernière hypothèse seulement qu'est permis ce qui était défendu par le projet.

94. La communauté légale entre époux comprend les immeubles qui sont acquis pendant le mariage; et lorsqu'on veut déterminer si l'acquisition est antérieure ou postérieure au mariage, on considère l'époque à laquelle le titre a pris naissance, à laquelle le droit s'est formé, et non le moment où le bien est arrivé dans les mains de l'un des époux.

(1) Liv. III, tit. XIV, chap. II, art. II.

« Les immeubles, dit M. Toullier, acquis avant le mariage sous une condition suspensive, qui ne s'accomplit que depuis le mariage, sont sans difficulté propres de l'époux acquéreur conditionnel, parceque le titre de l'époux est antérieur au mariage, et que d'ailleurs l'accomplissement de la condition a un effet rétroactif (Code civ. art. 1179). » (1)

« Les immeubles rentrés aux époux par une rescision quelconque fondée sur une cause légale sont, ajoute-t-il, exclus de la communauté, parce que toute rescision suppose qu'il existait un titre antérieur, ce qui est même prouvé par le contrat d'aliénation qu'on veut faire rescinder, et comme la rescision remet les parties au même état où elles étaient avant le contrat rescindé, l'époux redevient possesseur au même titre qu'il l'était avant l'aliénation. » (2)

Les associés et les époux sont placés dans une position absolument inverse, puisque les meubles et les immeubles acquis pendant la durée de la société, loin d'être communs, sont propres aux associés. Cependant les principes qui viennent d'être rappelés sont applicables, lorsqu'il s'agit de savoir si l'acquisition a été faite, avant ou pendant la société. Ainsi l'immeuble acquis, avant la société, sous une condition suspensive qui s'accomplit pendant la société, doit être compris dans l'actif social, précisément parce qu'il serait exclu de la communauté; de même,

(1) Tome XII, n° 179.
(2) Tome XII, n° 190.

l'immeuble aliéné par l'un des associés avant l'association, et qui est recouvré au moyen de la résolution opérée pendant la société, est compris dans la société, précisément aussi parce qu'il serait propre à l'un des époux.

Il suffit d'avoir établi ce rapprochement; il montre comment la même règle s'applique à des situations diamétralement opposées; il indique en quoi les solutions de certaines questions relatives à la composition de l'actif de la communauté entre époux, peuvent servir à résoudre les difficultés, touchant la composition de l'actif d'une société.

95. Il y a aussi plusieurs dispositions faites pour la communauté légale qui doivent certainement régir les sociétés universelles. De ce nombre est l'article 1402 qui répute acquêt de communauté tout immeuble dont l'origine n'est pas connue. De même, entre associés, s'il y a doute sur l'époque et la nature d'une acquisition, la chose acquise devra être rangée dans l'actif de la société. Au premier coup-d'œil, cependant, on serait tenté d'adopter l'opinion contraire; car, déclarer un immeuble acquêt de communauté, c'est présumer que l'acquisition a eu lieu, pendant le mariage; et cette présomption appliquée à la société conduirait à considérer l'immeuble comme propre à l'un des associés; puisque les biens présens de chacun, au jour du contrat, sont seuls compris dans la société. Mais, c'est accidentellement que, dans l'espèce prévue par l'article 1402, l'acquisition est supposée avoir eu lieu postérieurement au mariage; la disposition de cet article est fondée

sur des raisons qui doivent, au contraire, en matière de société, faire réputer l'acquisition antérieure au contrat. « Quand deux personnes vivent en commun, dit M. Toullier (1), si l'une d'elles prétend s'approprier exclusivement un des effets qui se trouvent parmi les biens communs, elle doit prouver qu'il n'est pas entré dans la société, suivant le principe général, que la preuve incombe au demandeur : faute de preuve, l'effet doit rester commun. » Ainsi, l'article 1402 n'a point songé à assigner une date à l'acquisition, et il n'avait aucune raison pour la placer plutôt après qu'avant le mariage ; il a considéré que la communauté possédait l'immeuble, et il a imposé, suivant le droit commun, à l'époux qui se prétend propriétaire exclusif, l'obligation de justifier sa prétention. L'associé qui est dans une position semblable doit subir la même règle.

96. Autrefois, la société *universorum bonorum* embrassait tous les biens présens et à venir des associés ; par conséquent, elle restait grevée de toutes leurs dettes, aussi bien de celles qui existaient au moment de sa formation, que de celles qui étaient contractées pendant sa durée (2). Aujourd'hui, les premières seules doivent être supportées par elle. Puisqu'elle ne comprend que les biens présens, les dettes relatives aux biens à venir ne sauraient être mises à sa charge. Toutefois, il ne

---

(1) Tome XII, n° 172.

(2) Pothier, de la Société, n°s 37 et suiv.

faut pas considérer comme dettes étrangères à la société, toutes celles qui prennent naissance pendant sa durée. Si un emprunt est nécessaire pour faire à un immeuble social quelques réparations indispensables, évidemment ce sera une dette sociale.

97. Selon M. Delvincourt (1) et M. Duranton (2), les arrérages et les intérêts des dettes relatives aux biens à venir, sont à la charge de la société. Ils arrivent à cette conséquence, en partant du principe, que les fruits et les revenus des biens à venir font partie de l'actif social. J'ai montré, au contraire, que les biens à venir sont exclus de la société, pour la jouissance comme pour la propriété (3); je dois donc conclure que les intérêts ou arrérages des dettes relatives aux biens à venir sont, comme le capital, en dehors de la société.

98. Les mêmes auteurs sont en dissentiment, sur la question de savoir à la charge de qui doivent être mises les dettes contractées, pendant la durée de la société, sans indication et justification de leur origine et de l'emploi des deniers.

M. Delvincourt avait d'abord pensé qu'il convenait de faire supporter de semblables dettes, par contribution à la société et à l'associé qui les avait contractées; mais il a abandonné ensuite cette opinion, parce qu'elle fournirait aux associés

---

(1) Tome III, notes, page 220.
(2) Tome XVII, n° 356.
(3) Voy. *suprà*, n° 93.

un moyen d'éluder la loi qui défend de faire entrer les biens à venir dans la société. « Un associé, dit-il, ferait de gros emprunts dont le produit entier tomberait dans la masse, et qui serait pour une partie à la charge de ses biens particuliers; je crois donc qu'il serait plus convenable d'appliquer à ces sortes de dettes l'article 1419, et de décider, en conséquence, qu'elles sont à la charge de la société, sauf récompense pour les sommes qui seront prouvées avoir été employées pour les besoins ou l'amélioration des biens particuliers de l'associé. »

M. Duranton exprime un avis différent; il pense que mettre les dettes à la charge de la société, c'est donner à un associé le pouvoir de la grever par de folles dépenses, sans qu'il y ait moyen pour les autres associés de s'y opposer. « C'est à quoi, ajoute-t-il, M. Delvincourt n'a pas assez songé. Ce danger serait plus à craindre que celui qu'il a signalé, et en même temps beaucoup plus grave et plus réel. »

Il me semble que ces deux savans jurisconsultes se sont préoccupés d'une difficulté qui en théorie peut paraître ardue, et qui, dans la pratique, ne présente point d'intérêt. Si c'est entre associés que s'agite la question; évidemment celui qui aura contracté la dette ne sera point admis à la mettre à la charge de la société, sans établir que la société a profité des sommes qu'il a empruntées, sans présenter un compte de l'administration qui lui aura été confiée, accompagné de pièces justificatives. On ne concevrait pas qu'un associé pût

venir dire à ses associés : j'ai emprunté une somme d'argent ; la société doit la payer, sans que j'aie à rendre compte de l'emploi que j'en ai fait.

Si c'est un tiers qui prétend que la société est engagée envers lui, à raison de l'obligation qu'a prise l'un de ses membres, il faudra examiner si celui-ci avait ou non capacité, à l'effet de contracter des dettes obligatoires pour ses co-associés. Dans la première hypothèse, le créancier n'aura point à s'enquérir de l'emploi qu'auront reçu les fonds. Son titre lui suffira pour exiger son paiement de la société, sauf aux associés à s'entendre entre eux, sur la manière dont devra être répartie la somme payée. Dans le second cas, le créancier ne pourra agir contre la société qu'en prouvant qu'elle a profité des fonds qu'il a prêtés, et en exerçant contre elle l'action *de in rem verso*. Alors, on le voit, la société ne sera obligée que parce qu'il sera prouvé que la dette la concerne véritablement.

Ainsi, ni la solution de M. Delvincourt ni celle de M. Duranton ne doivent être adoptées sans restriction ; elles ont quelque chose de trop absolu. Il pourra même quelquefois arriver que l'une et l'autre soient vraies, relativement à la même dette ; selon qu'il s'agira de régler les droits d'un tiers envers la société, ou de déterminer ceux des associés entre eux. Rien n'empêche que le tiers ne soit déclaré créancier de la société, parce que l'associé pouvait obliger ses co-associés ; et que, cependant, faute de rapporter la preuve que la somme a été employée aux besoins communs,

la dette ne soit mise à la charge de l'associé, dans la liquidation.

99. L'ancienne jurisprudence classait parmi les dettes sociales les dépenses personnelles de chacun des associés ; ce qui comprenait les frais de nourriture, de logement, d'entretien de l'associé et de sa famille, les dépenses nécessaires pour l'éducation de ses enfans, par conséquent, le prix des équipages fournis à ceux qui suivaient la profession des armes, et les pensions de ceux qu'on envoyait dans les colléges et universités.

Pothier soutient même, contre Domat, que la société devait supporter les dépenses faites par un associé, pour procurer à ses enfans un établissement par mariage ou autrement. « Les dots, dit-il, que l'un des associés aurait données à ses filles pour les marier, pourvu qu'elles ne soient pas excessives, doivent être portées par la société, sans pouvoir être précomptées à cet associé sur sa part dans la société; car l'obligation de doter ses enfans étant une obligation naturelle des pères et mères, cette dépense était une charge à venir de tous les biens présens et avenir. C'est le sentiment de Treutler, de Bachou *ad Treutler*, des thèses de Cologne, de Lauterbach, de Brunneman, etc. » (1)

Cette controverse a perdu maintenant son intérêt par plusieurs motifs. Il est certain que, de notre temps, les biens à venir étant exclus de la société universelle, il n'est plus possible

(1) De la Société, n° 38.

de mettre à sa charge la dot des enfans. M. Duranton fait remarquer, avec raison, que M. Delvincourt n'a reproduit l'opinion de Pothier, que parce qu'il a perdu de vue l'importante modification qu'ont subie les sociétés universelles. (1)

100. Je ne pense pas même qu'il faille considérer comme dépenses sociales, celles que fait chaque associé pour ses besoins personnels et ceux de ses enfans (2). Cela se concevait dans la société *universorum bonorum*, qui non seulement révélait l'intention de percevoir les bénéfices produits par des choses communes, mais qui manifestait aussi la pensée de confondre, jusqu'à un certain point, les existences des associés, et qui constituait en quelque sorte une famille nouvelle. Réduite aux biens présens, la société universelle perd ce caractère; ses effets doivent donc être réglés par les principes ordinaires, selon lesquels le passif de la société se compose seulement des charges relatives aux biens qui constituent son actif. A quel titre et pourquoi l'associé, dont la famille est nombreuse, prélèverait-il une somme considérable, tandis que les autres associés satisferaient à leurs besoins à peu de frais? Sur quelle règle de justice ou d'équité se fonderait une pareille combinaison? La famille de l'un des associés ne peut avoir aucune influence sur la prospérité

(1) Tome XVII, n° 357.

(2) Je raisonne ici dans la supposition qu'un homme ayant des enfans peut former une société universelle. Cela est au moins douteux. Voy. *infrà*, n° 119.

de la société, sur l'accroissement de son actif; il n'est donc pas raisonnable qu'elle soit une cause d'augmentation de ses charges. En outre, quelle difficulté ne trouverait-on pas pour contrôler les dépenses, à quels débats ne donnerait pas lieu l'examen de leur quotité! Les effets des contrats, même de ceux qui supposent entre les parties qui les forment des liens d'affection et d'estime réciproques, ne doivent pas se régler uniquement par les inspirations du cœur. Les principes du droit ne sauraient perdre leur autorité, même alors qu'il faut prononcer sur le sort des conventions, où les sentimens affectueux ont trouvé place à côté des calculs et des vues d'intérêt. Si d'ailleurs, des biens adviennent à l'un des associés, leurs revenus qui, à mon avis, n'entrent pas dans la société, seront-ils donc capitalisés par lui, tandis que la société fournira à tous ses besoins? Si, sa fortune s'accroissant, il veut augmenter ses dépenses, il n'en aura donc pas le droit; ou il ne pourra le faire qu'aux dépens de la société? Faudra-t-il, au contraire, prendre d'abord sur le bien propre de l'associé, sauf à compléter ce qui lui est nécessaire sur le fonds social? Ou enfin établira-t-on une sorte de contribution entre l'un et l'autre? Quelque parti qu'on prenne, les embarras et les inconvéniens se présentent en foule; tandis que rien n'est plus simple, plus conforme aux notions du droit et aux règles de l'équité, que d'exclure du passif de la société les dépenses personnelles des associés. Pour y subvenir, chacun fera des prélèvemens qui seront imputés sur sa part dans les

bénéfices, ou dans le fonds même. Celui qui aura des biens personnels, dont la famille sera moins nombreuse, ou qui aura été plus économe, trouvera dans la liquidation plus que les autres; et l'on arrivera ainsi à un résultat équitable, sans avoir eu à faire de calculs difficiles et de subtiles distinctions.

101. Les derniers mots de l'article 1837 expriment que la prohibition de comprendre dans une société universelle les biens qui pourront échoir, à titre gratuit, aux associés, n'est point applicable aux époux. Il ne faut pas entendre, cependant, que les époux puissent, *durant le mariage*, former entre eux une société qui embrasse leurs biens à venir. On n'a pas voulu leur accorder une faculté qu'ils n'eussent point déjà; on n'a pensé qu'à maintenir le droit, que leur donne l'article 1526, de former *par contrat de mariage* une communauté universelle, dans laquelle entrent leurs biens à venir, comme leurs biens présens. (1)

102. Il y a plus: les époux ne peuvent, durant le mariage, former aucune espèce de société universelle, car elle modifierait leurs conventions matrimoniales qui doivent, on le sait, rester immuables. (2)

En effet, si les époux sont placés sous le régime de la communauté légale, les biens immeubles qui leur appartenaient au jour du mariage leur

---

(1) M. Delvincourt, tome III, notes, page 221.
(2) Cod. civ. art. 1395.

restent propres (1); par une société de biens présens, ils deviendraient la propriété commune.

Dans toutes les autres positions où peuvent se trouver les époux, soit qu'ils aient stipulé la non-communauté ou la séparation de biens, soit qu'ils aient adopté le régime dotal, la perturbation produite par une association serait encore plus grave. Tous les biens de la femme, tant meubles qu'immeubles, qui sont sa propriété propre et exclusive, seraient confondus avec ceux du mari. La femme participerait, il est vrai, aux bénéfices que produiraient ceux-ci; mais elle resterait exposée aux pertes qu'ils éprouveraient. Dans ces différentes hypothèses, l'état ne serait plus celui qu'avait fixé le contrat de mariage; la loi qui devait régir l'union, pendant toute sa durée, serait changée; les combinaisons dictées par la prudence des deux familles réunies seraient modifiées par le changement de volonté des époux. D'ailleurs, avec cette doctrine, on éluderait bien facilement les textes qui déclarent que les donations faites pendant le mariage, quoique qualifiées entre vifs, seront toujours révocables (2); et les dispositions qui défendent les aliénations entre époux (3). Rien n'est plus aisé que de déguiser, sous la forme de société, une donation irrévocable ou une vente.

M. Duranton s'est donc trompé, lorsqu'il a dit que rien n'empêcherait des époux, séparés de

---

(1) Cod. civ. art. 1404.
(2) Cod. civ. art. 1096.
(3) Cod. civ. art. 1595.

biens par le contrat de mariage, d'établir entre eux une société, même universelle; *car, ils n'altèreraient en rien par là leurs conventions matrimoniales* (1). Je ne comprends pas, je l'avoue, cette opinion. Il me semble qu'il n'y a pas de moyen plus absolu, plus radical, d'altérer les conventions matrimoniales établissant la séparation de biens, que de mettre les biens en société.

103. Je ne peux pas, non plus, partager l'opinion du même auteur, sur les effets de la stipulation qui comprend dans une société universelle les biens à venir. Ce savant professeur croit que la stipulation est nulle, en ce qui touche les biens futurs, et que la société subsiste pour les biens présens. On appliquerait, dit-il, la règle *utile per inutile non vitiatur.* (2)

Défions-nous des solutions fondées sur ces principes si généraux, si élastiques, si souvent détournés de leur véritable sens. Je pense, qu'on doit annuler la convention tout entière; et je me fonde sur une raison puisée dans la nature même du contrat de société.

Lorsque les associés sont convenus de mettre en commun leurs biens présens et leurs biens futurs, il est possible que l'un d'eux, dont les biens présens sont supérieurs à ceux de l'autre, ne se soit déterminé à contracter que parce qu'il a compté pour rétablir l'égalité des mises, sur les biens qui doivent échoir à l'avenir à son co-associé.

(1) Tome XVII, n° 347, en note.
(2) Tome XVII, n° 350.

Lui enlever cette perspective, en le laissant engagé pour les biens présens, ce serait l'obliger contre son intention, ce serait aussi constituer une société avec des mises inégales ; et, par conséquent, sur des bases non équitables.

Il est vrai que chaque associé est censé avoir connu la prohibition et qu'il devrait s'imputer à lui-même le dommage qu'il éprouverait, si, scindant la convention, on laissait subsister la partie qui est conforme à la loi, et l'on annulait celle qui est contraire à ses dispositions. Mais cette réflexion ne justifie pas une mesure très sévère en elle-même, et qui, d'ailleurs, a l'inconvénient de traiter d'une manière différente deux contractans qui sont également coupables, puisqu'elle peut être, pour l'un, la cause d'une perte considérable, et pour l'autre, l'occasion d'un grand bénéfice.

N'est-il pas de principe que la condition résolutoire est sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des parties ne satisfait point à son engagement? Si donc, l'un des associés refuse d'exécuter la stipulation relative aux biens à venir, l'autre ne doit pas être tenu d'exécuter la convention pour les biens présens.

Sans doute, cette règle et l'article 1184 qui l'énonce ont en vue le cas, où les engagemens réciproques des contractans sont également licites et valables; et ici, je le sais, l'une des clauses du contrat est frappée de prohibition; en sorte que celui des associés qui refuse de l'exécuter, en violant sa promesse, obéit à la loi. D'un autre côté, on peut se demander s'il est bien sûr que, dans l'intention

des contractans, les deux sociétés soient intimement liées et subordonnées l'une à l'autre. Enfin, l'art. 1837 semble n'avoir voulu atteindre que la clause relative aux biens à venir, en s'exprimant ainsi : « Toute stipulation tendant à faire entrer ces biens dans la société est prohibée. »

Cette dernière objection, puisée dans le texte de la loi et à laquelle M. Duranton paraît attacher une certaine importance, se réfute sans peine. L'article 1837 ne prohibe que la stipulation relative aux biens à venir; cela est hors de doute; la société des biens présens est permise; nul ne le conteste. Mais la nullité, effet de la prohibition, s'arrête-t-elle à la clause défendue, ou bien s'étend-elle à la stipulation licite ? Voilà la question. Evidemment le texte ne la résout pas.

Dans le silence des contractans sur la force du lien qui unit les différentes parties d'une convention, la présomption est, qu'ils ont voulu qu'elles fussent étroitement enchaînées, et que l'une ne subsistât point si l'autre était anéantie, surtout lorsqu'elles ont une importance égale. C'est précisément le principe que consacre l'article 1184.

Tout se réduit donc à savoir si ce principe doit être écarté, lorsque l'engagement qui reste sans exécution est frappé d'une prohibition expresse. La difficulté présentée en ces termes n'est plus circonscrite dans les limites, où elle a pris naissance; et il faut se demander si, en thèse générale, le contact d'une stipulation que la loi défend vicie les stipulations valables, auxquelles elle est jointe.

La solution me semble écrite dans l'article 1172. Il y est dit que toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi est nulle et rend nulle la convention qui en dépend.

A la vérité, le mot *condition* désigne ordinairement un évènement futur et incertain ; mais on sait que souvent il est pris dans un sens différent par les jurisconsultes et par le législateur lui-même; que dans beaucoup d'occasions il est synonyme de clause, de stipulation. « Dans l'acception la plus étendue du mot, dit M. Toullier (1), les conditions sont toutes les *clauses* des actes qui ont pour objet de suspendre l'obligation principale, de la résoudre, ou de la modifier. » Et plus loin (2) ; « Il arrive fréquemment que les conventions ne sont pas bornées aux points principaux qui font de part et d'autre l'objet ou la matière du contrat. On y ajoute des pactes accessoires, ou des clauses, pour imposer à l'une des parties ou à toutes les deux, certaines obligations, certaines charges qui modifient le contrat, qui en altèrent, ou qui même en changent quelquefois la nature. Tous ces pactes accessoires sont vulgairement, et dans le sens le plus étendu du mot, appelés les conditions du contrat. On trouve même dans le droit romain et dans le Code des textes qui qualifient de conditions, ces pactes accessoires ajoutés pour modifier le contrat. » (3)

(1) M. Toullier, tome VI, n° 467.

(2) *Loc. cit.*

(3) M. Toullier cite notamment les articles 1121 et 1184.

En admettant que la disposition de l'article 1172 ait spécialement en vue les conditions proprement dites (celles qui consistent en un évènement futur et incertain); du moins, il faut convenir que rien n'est plus raisonnable que de l'étendre aux conditions, entendues *lato sensu*, c'est-à-dire aux pactes accessoires qui sont ajoutés aux contrats, puisque les unes et les autres ont le même but et produisent le même effet, la modification de la convention principale.

« Les promesses conditionnelles, dit Puffendorf (1), et les conventions conviennent en ceci que, comme les promesses conditionnelles n'obligent point le promettant tant que la condition manque; de même, les conventions n'obligent point un contractant lorsque l'autre n'a pas effectué tous les articles dont ils étaient convenus. C'est le fondement de la maxime commune qui porte que chaque article de la convention est inséparablement attaché à toutes les autres *en forme de condition*, d'où dépend la nécessité de tenir l'accord entier..... Les promesses faites sous une condition arbitraire ont encore ceci de commun avec les conventions que, dans les unes et dans les autres, on doit exécuter quelque chose, si l'on veut exiger ce à quoi l'autre partie s'est engagée. Mais elles diffèrent, en ce que dans cette promesse, faite sous une condition arbitraire, le promettant semble n'avoir aucun intérêt que la

(1) Liv. III, chap. VIII, § VIII.

condition s'accomplisse ou non; du moins il ne veut pas contraindre l'autre à la remplir, et il laisse cela à sa volonté. Au lieu que, dans les conventions, on ne s'engage à une certaine chose qu'en vue de ce que l'autre contractant doit faire de son côté; ainsi, dès qu'il manque à sa parole, non-seulement on n'est point tenu de rien exécuter en sa faveur, mais on peut encore le contraindre à effectuer ce dont on est convenu.

D'après cela, et ce sont là les véritables principes, puisque la condition prohibée emporte nullité de la convention à laquelle elle est jointe, il doit en être de même *à fortiori* de la stipulation prohibée; car la stipulation est plus intimement liée que la condition, à l'obligation principale; et il est, par conséquent, moins possible de séparer leur destinée, d'annuler l'une et de maintenir l'autre.

En un mot, et revenant à la question spéciale, les parties ont voulu mettre leurs biens présens en société, avec la stipulation que les biens futurs y entreraient aussi; cette dernière partie de leur convention ne peut pas s'exécuter; elle entraîne la ruine de la première, qu'elle modifiait, dont elle était la condition.

§ II.

De la société universelle de gains.

SOMMAIRE.

104. *Objets qu'embrasse la société universelle de gains.*

105. Elle comprend les biens meubles existant au jour du contrat.

106. Les immeubles présens, les meubles et immeubles qui échoient à titre de succession, de donation ou de legs, y entrent seulement pour la jouissance.

107. Elle comprend tout ce que les associés acquièrent par un titre de commerce quelconque ou par l'exercice de leur profession.

108. Il faut excepter les immeubles échus durant la société, en vertu d'un titre antérieur;

109. Les immeubles acquis en échange ou en remploi des immeubles existans au moment du contrat;

110. Un associé ne peut, sans le consentement de ses associés, aliéner les biens qui lui sont propres, en ce qu'ils entrent dans la société pour la jouissance. Il n'y a pas de distinction à faire entre les biens présens et les biens échus pendant la société.

111. Dettes qui sont à la charge de la société.

112. Suite, renvoi.

113. Lorsque les parties ont dit seulement qu'elles établissaient entre elles une société universelle, il n'y a que société universelle de gains.

104. La seconde espèce de société universelle est la société universelle de gains.

Elle embrasse tout ce que les parties acquièrent pendant sa durée, par leur industrie, à quelque titre que ce soit.

105. Selon le droit romain, la propriété des biens, meubles ou immeubles, présens ou à venir, n'y était pas comprise. Le droit coutumier y a fait entrer la propriété des biens meubles existant au moment du contrat (1) ; et

(1) Coutume d'Orléans, art. 214. Coutume de Berry, tit. 8, article 10. Pothier, de la Société, n° 44.

le Code civil a maintenu cette innovation. (1)

106. Les immeubles présens, et les meubles et immeubles à venir qui ne sont pas acquis par l'industrie des associés, notamment ceux qui leur échoient par succession, donation ou legs, entrent dans la société pour la jouissance. L'article 1838 ne parle pas expressément des biens à venir ; mais l'art. 187 ne laisse aucun doute; puisque, d'après sa disposition, la stipulation qui ajoute à une société universelle de biens présens, une société de toute autre espèce de gains, y fait tomber les fruits des biens futurs.

107. En disant que la société de gains comprend tout ce que les parties acquièrent par leur industrie, on désigne tous les bénéfices que les associés obtiennent par achat, vente, louage, et pour employer l'expression de Pothier, par un titre quelconque de commerce ; on indique, aussi, tout ce qu'ils gagnent par l'exercice de leur profession.

108. Cependant, tel immeuble qui échoit à titre de commerce, pendant la durée d'une société de gains, n'y doit pas être compris si le titre qui procure, si le droit à cet objet est antérieur à la société. Ceci n'est qu'une application de principes qui ont été développés dans le paragraphe précédent. (2)

109. Il y a également exception pour les immeubles acquis en échange ou en remploi des

---

(1) Cod. civ. art. 1838.

(2) *Suprà*, n° 94.

biens propres à un associé, ou avec des deniers qui lui seraient personnels; sauf récompense à donner à la société, ou à recevoir d'elle, selon qu'elle aura fourni ou reçu une soulte dans l'échange, ou dans l'acquisition en remploi.

110. Puisque les fruits des immeubles soit présens, soit à venir, tombent dans la société, l'associé à qui les immeubles appartenaient au moment du contrat, ou à qui ils échoient pendant la durée de la société, ne peut pas les aliéner, sans le consentement de ses associés. Par une aliénation, il priverait la société d'un droit qui lui a été acquis du jour où elle a été contractée, ou du jour de l'échéance des biens.

M. Duranton reconnaît, qu'en effet, l'associé n'est pas le maître de disposer des biens présens, parce que, une fois entrés dans la société pour la jouissance, ils ne peuvent plus en sortir au détriment des associés. Mais les biens qui viennent à échoir dans le cours de la société lui paraissent devoir être rangés dans une autre catégorie. La jouissance de ces biens est, selon lui, mise dans la société, seulement en ce sens : que les économies faites par chaque associé sur la généralité de ses revenus sont considérées comme un gain, dont il doit faire raison à la société.

Je ne crois pas qu'il faille admettre cette distinction. A mon avis, la jouissance des biens à venir tombe dans la société, de la même manière et au même titre que la jouissance des biens présens. Les immeubles personnels des associés, dit l'article 1838, si

n'entrent dans la société que pour la jouissance seulement. Ce texte ne permet d'établir aucune différence entre les biens à venir et les biens présens. D'ailleurs, l'article 1837 se sert de la même expression, lorsque, déterminant les effets de la clause qui ajoute à la société universelle des biens présens la société de tous gains, il déclare que cette société comprend les fruits des biens futurs. « Les biens, y est-il dit, qui pourraient leur advenir (aux associés) par succession, donation ou legs n'entrent dans cette société, que pour la jouissance. » Cette jouissance est donc également, dans tous les cas, et soit qu'il s'agisse de biens présens, soit qu'il s'agisse des biens à venir, un apport fait à la société, que la volonté seule de l'associé propriétaire ne peut en distraire.

111. Les dettes, dont est tenue une société, sont celles qui grèvent les choses qui composent son actif. En conséquence, on devrait faire supporter à une société universelle de gains, d'abord les dettes relatives aux biens meubles existant au moment du contrat; en second lieu, les dettes contractées pour les affaires de la société; et enfin, celles qui seraient une charge des fruits produits par les immeubles présens et par les meubles et immeubles futurs. Il faut convenir que cette règle n'a pas été respectée, dans toutes ses conséquences, par les dispositions du Code civil sur la communauté conjugale. L'article 1409 fait entrer dans le passif de la communauté toutes les dettes mobilières, dont les époux étaient grevés au jour de la célébration; sauf récompense pour celles relati-

ves aux immeubles propres à chacun des époux. Or, dans la rigueur des principes, la communauté aurait dû être chargée, d'abord des dettes grevant les biens meubles, ce qui n'est pas la même chose que les dettes mobilières (1), et ensuite pour

(1) M. Toullier, je dois l'avouer, me paraît n'avoir pas assez tenu compte de la différence qui existe entre les dettes mobilières et les dettes relatives aux meubles. Il dit que le Code civil fait marcher sur une ligne parallèle le passif et l'actif de la communauté; que, pour déterminer ce qui compose l'un et l'autre, il applique la règle d'équité, *eadem debet esse ratio commodi et incommodi* (V. tome XII, n° 197). Sans doute la loi de réciprocité semble observée, en ce que, d'une part, tous les biens immeubles de chaque époux et toutes les dettes immobilières sont exclus de la communauté, et que de l'autre, tous les biens meubles et toutes les dettes mobilières y sont compris. Mais en considérant les choses sous un autre aspect, on s'aperçoit que le parallélisme ne conduit pas à un résultat aussi équitable qu'on le croirait d'abord. La plupart du temps, les dettes mobilières de l'un des époux n'ont pas été contractées, plus à raison des meubles qu'à raison des immeubles, elles devraient donc équitablement être payées en partie sur l'actif mobilier, en partie sur l'actif immobilier. Or c'est sur l'actif mobilier qu'elles pèsent entièrement. Une femme se marie, ayant pour 100,000 fr. d'immeubles et un mobilier de 20,000 fr.; elle doit 20,000 fr. qu'elle a empruntés pour ses besoins personnels, ou qu'elle a perdus dans des spéculations; la dette pèse aussi bien sur les 100,000 fr. d'immeubles que sur les 20,000 fr. de mobilier, et cependant la communauté restera chargée de toute la dette, quoiqu'elle ne reçoive que 20,000 fr. En d'autres termes, le mobilier sera absorbé par le paiement, et les immeubles resteront libres entre les mains de la femme. Cela est-il bien juste?

Je trouve les mêmes idées très bien exprimées par M. Delvincourt. Il rappelle que les auteurs étaient divisés sur la question de savoir comment les dettes d'une succession échue aux époux, durant la communauté, devaient être supportées. « Pothier et Lemaître étaient, dit-il, de l'avis qui a été adopté par le Code (art. 1414). Lebrun et Renusson pensaient que les dettes mobilières, étant une charge du mobilier, la communauté qui profitait de tout le mobilier, devait être tenue de ces dettes en totalité. Cette dernière opinion était peut-

celles qui n'auraient pas été plus spécialement relatives aux meubles qu'aux immeubles, on aurait dû les faire supporter par la communauté, jusqu'à concurrence d'une portion contributoire, déterminée par la valeur du mobilier, comparée à celle des immeubles. C'est aussi, de cette manière que, revenant à la règle générale, l'article 1414 répartit les dettes d'une succession, en partie mobilière, en partie immobilière, échue à l'un des époux pendant le mariage.

1. Dans la société universelle dont il est ici question, devra-t-on suivre le système de l'article 1409 ou celui de l'article 1414; et par conséquent comprendre dans le passif de la société toutes les dettes mobilières, attendu que tout le mobilier entre dans l'actif; ou bien, établir une contribu-

---

être moins contraire à l'équité, à une époque où il était dû en général beaucoup de capitaux à constitution de rente, et où les rentes étaient immeubles. Il pouvait donc se rencontrer en général dans les successions, une certaine quantité de dettes immobilières. Actuellement que les rentes constituées sont mobilisées, et que d'ailleurs, elles sont beaucoup plus rares, l'avis de Lebrun ne serait pas soutenable. *Peut-être même y aurait-il eu justice d'appliquer l'avis de Pothier, même aux dettes existantes lors de la célébration du mariage;* car la disposition qui met à la charge de la communauté toutes les dettes mobilières existantes à cette époque, ne peut être fondée, comme nous l'avons dit, que sur le principe que l'universalité des dettes mobilières est une charge de l'universalité du mobilier. Or, si on a trouvé ce principe injuste à l'égard des successions qui échoient aux époux pendant le mariage, il me semble qu'il l'est également, à l'égard des biens qu'ils possèdent lors de la célébration, mais la loi en a statué autrement; il faut s'en tenir à sa décision. D'ailleurs les parties ont le droit d'y déroger par des stipulations particulières; comme effectivement cela a lieu dans presque tous les contrats de mariage.» V. tome III, notes page 29.

tion en comparant la valeur du mobilier à celle des immeubles, et mettre à la charge de la société seulement la portion des dettes qui incombera aux biens meubles, d'après cette contribution ?

Ce dernier parti serait sans doute le plus rationnel ; mais, Pothier se décide pour l'autre, par une considération qui conserve aujourd'hui toute sa puissance et qui me semble déterminante. « Notre droit coutumier, dit-il, faisant entrer dans cette société les biens meubles que les conjoints avaient lorsqu'ils l'ont contractée, c'est une conséquence que cette société doit être tenue de toutes les dettes mobilières, dont ils étaient alors débiteurs ; le dettes mobilières, suivant les principes de notre ancien droit français, devant suivre le mobilier et en étant une charge. »

La législation nouvelle ayant maintenu ces principes pour la communauté entre époux, malgré les changemens survenus dans le caractère des biens (1), il est vraisemblable qu'elle a voulu qu'ils fussent suivis, comme ils l'étaient autrefois, pour la société universelle de gains.

Ainsi, cette société doit supporter les dettes mobilières des associés, au jour du contrat, celles qui seront contractées pour les affaires sociales, et enfin toutes les charges des fruits et revenus qui font partie de son actif.

112. Ce qui a été dit dans le paragraphe précédent sur les dépenses personnelles des associés

(1) *Voy.* dans la note précédente, les excellentes observations de M. Delvincourt.

et de leur famille, s'applique également à la société de tous gains. (1)

113. Au surplus, lorsque les parties n'ont pas pris la précaution de déterminer avec précision l'espèce de société qu'elles entendaient former, et qu'elles ont dit seulement qu'elles établissaient entre elles une société universelle, sans autre explication, elles sont censées n'avoir voulu établir qu'une société universelle de gains (2) ; « par la raison, disait M. Boutteville au Tribunat, que toute convention tendant à exproprier ne peut être entendue que dans le sens le plus étroit. » (3)

---

§ III.

De la société de tous biens présens, unie à la société universelle de gains.

SOMMAIRE.

114. *Troisième espèce de société universelle, formée par la réunion des deux autres.*
115. *Composition de l'actif et du passif.*
116. *Renvoi.*

114. Une troisième espèce de société est formée par la réunion des deux précédentes ; lorsque les

---

(1) Voy. *suprà*, n° 100.
(2) Cod. civ., art. 1839.
(3) M. Locré, tome XIV, page 534.

parties ont stipulé, qu'outre la société universelle de biens présens, il y aura entre elles société universelle de gains.

115. Il est facile de déterminer son caractère et ses effets; elle doit évidemment comprendre activement et passivement tout ce que comprennent les deux autres. Ainsi, tous les biens meubles et immeubles des associés, existant au moment du contrat, tous ceux qu'ils peuvent acquérir par leur industrie, les fruits et revenus de ceux qui leur échoient à titre gratuit composent l'actif. Le passif est formé de toutes les dettes existant au temps du contrat, soit mobilières soit immobilières; de celles qui sont contractées pour les affaires de la société, et enfin de toutes les charges des fruits et revenus des biens qui n'entrent pas dans l'actif social, comme biens futurs acquis à titre gratuit.

116. Plusieurs des difficultés que j'ai précédemment examinées pourraient être ici reproduites; mais la solution qu'elles doivent recevoir dépend toujours de cette idée simple; que la société, dont je m'occupe, est la réunion des deux autres. Il me paraît donc superflu d'entrer dans des développemens qui manifesteraient un doute injurieux pour la sagacité du lecteur.

---

§ IV.

Règles communes aux différentes sociétés universelles.

SOMMAIRE.

117. *Prohibition de former des sociétés universelles, entre les personnes respectivement incapables de se donner ou de recevoir, et auxquelles il est défendu de s'avantager au préjudice d'autres personnes.*
118. *Deux classes de personnes sont atteintes par la prohibition. Exemples.*
119. *Ainsi ceux dont les biens sont grevés d'une réserve au profit des ascendans ou des descendans, ne peuvent former de sociétés universelles.*
120. *La prohibition s'étend aux personnes, que la loi répute personnes interposées.*
121. *La société universelle est nulle, quoique l'incapacité de donner ou de recevoir ne soit pas réciproque; et que l'un des associés, incapable de recevoir de l'autre, soit capable de lui donner.*
122. *Mais, dans ce cas, la nullité ne peut être proposée que par la personne incapable, ou par ceux dans l'intérêt de qui a été faite la prohibition, c'est-à-dire, les héritiers à réserve.*
123. *Liquidation de la société annulée.*
124. *Suite.*
125. *Lorsque des gains illicites ont été apportés à la société par un associé; il ne peut plus les retirer, en alléguant que ces gains sont illicites, à moins que la restitution n'ait été ordonnée par la justice.*
126. *La société n'est point tenue des amendes ou réparations civiles prononcées contre l'un des associés.*

127. *A moins qu'elle n'ait perçu quelques bénéfices, à l'occasion des faits qui ont entraîné les condamnations.*

128. *Ces règles ont une application plus fréquente dans les sociétés universelles, que dans les sociétés particulières.*

129. *Règlement des parts des associés. Renvoi.*

117. Les dispositions contenues dans ce chapitre ont été tracées sous l'empire d'une préoccupation que j'ai déjà fait remarquer. On sait que la facilité, avec laquelle on peut déguiser des donations sous la forme de sociétés universelles, a effrayé le législateur. Il a craint que les règles établies sur la capacité de disposer et de recevoir à titre gratuit et sur l'étendue de la quotité disponible ne fussent éludées, au moyen d'associations feintes. L'intensité du danger lui a paru si grande, la gravité du mal lui a semblé telle, qu'il a employé un remède héroïque; la prohibition absolue de former des sociétés universelles entre toutes personnes qui, à raison de leurs positions respectives, n'ont pas la libre disposition de leurs biens.

« Nulle société universelle, dit l'article 1840, ne peut avoir lieu qu'entre personnes respectivement capables de se donner ou de recevoir, l'une de l'autre, et auxquelles il n'est point défendu de s'avantager au préjudice d'autres personnes. »

118. La prohibition, il faut bien le remarquer, s'applique à deux classes distinctes d'individus.

Elle atteint d'abord ceux, entre lesquels toute libéralité est interdite.

Elle s'étend ensuite à ceux-là mêmes, en qui la liberté de disposer à titre gratuit existe; lorsque

cette liberté est limitée, quant à la quotité disponible, par l'effet de la réserve établie au profit de certaines personnes.

Ainsi, un père ne peut former une société universelle avec son enfant incestueux ou adultérin; un mineur devenu majeur, avec son tuteur, avant la reddition et l'apurement du compte de tutelle; un malade, pendant la maladie dont il meurt, avec le docteur en médecine ou en chirurgie qui le traite, ou le ministre du culte qui l'assiste; une personne quelconque, avec un individu frappé de mort civile; en un mot, partout où se rencontre l'incapacité de disposer ou de recevoir à titre gratuit, se trouve aussi l'incapacité de figurer dans une société universelle.

En outre, la société universelle est interdite à celui qui a des enfans ou des ascendans légitimes, et chez qui, par conséquent, la faculté de disposer n'existe que restreinte et limitée.

119. Un auteur recommandable, M. Delvincourt, n'a point hésité à donner ce sens à l'article 1840. Un jurisconsulte également distingué, M. Duranton, a au contraire vivement combattu cette interprétation. Il a fait remarquer combien serait étendue la prohibition, si elle atteignait toutes les personnes ayant des ascendans ou des descendans; il a montré à quelles incertitudes seraient livrées les sociétés universelles, leur sort dépendant de la naissance ou de la mort des enfans des associés; il a rappelé que, dans l'ancien droit, on examinait si les dépenses nécessaires à l'entretien et à l'établissement des enfans des as-

sociés constituaient une dette sociale; ce qui supposait évidemment que des associations universelles pouvaient s'établir entre des pères de famille; il a invoqué la jurisprudence de la Cour de cassation, qui n'annulle point les libéralités déguisées sous la forme de contrats onéreux; qui seulement les déclare réductibles lorsqu'elles excèdent la quotité disponible; enfin, il a cru trouver dans les travaux préparatoires du Code, la preuve que l'article 1840 ne contient pas la disposition absolue que semble indiquer sa rédaction.

A toutes ces raisons, j'oppose pour première réponse, le texte. Celui dont les biens sont grevés d'une réserve, soit au profit de ses ascendans soit au profit de ses descendans, est-il entièrement libre de faire des avantages, au préjudice d'autres personnes? Evidemment, non. Son droit de disposer est limité; la limite est établie en faveur de ses enfans ou de ses ascendans; il est donc compris dans les termes de l'art. 1840. Qu'on dise que la règle ainsi faite est trop générale, trop dure, féconde en graves inconvéniens. Cela fût-il vrai; ces reproches fussent-ils exempts de toute exagération; il faudrait blâmer la mauvaise disposition insérée dans notre Code, et obéir jusqu'à réformation par le pouvoir compétent.

M. Duranton comprend toute la puissance d'un argument qui a pour base un texte précis. Aussi, cherche-t-il à l'écarter, en disant que celui-là même qui a des héritiers à réserve, peut faire des avantages à qui bon lui semble, dans les limites de la quotité disponible. L'observation, qui est vraie, ne

touche pas à la question. Elle serait décisive, si la loi n'interdisait les sociétés universelles qu'à ceux entre qui ne peut intervenir aucune libéralité; mais l'article 1840 va plus loin. Il commence par prononcer la nullité des sociétés formées entre gens incapables de faire ou de recevoir une libéralité quelconque; puis, il prohibe celles qui seraient contractées entre les gens capables de disposer, à qui il est défendu d'exercer leur capacité, au-delà de certaines limites, au préjudice de certaines personnes. Il n'est pas possible de désigner plus clairement les individus, sur les biens desquels est établie une réserve légale, au profit des ascendans ou des descendans.

Sans doute, cette prohibition réduit singulièrement le nombre de ceux à qui il est permis de s'engager dans les liens d'une société universelle.

Sans doute, la proscription d'une chose, pour prévenir les abus qu'elle peut produire, est un procédé violent et dont un législateur habile doit ordinairement s'abstenir. Mais les sociétés universelles ne sont ni assez utiles ni assez fréquentes, pour que leur suppression ou la limitation de leur nombre soient bien regrettables.

Sans doute, la mort des ascendans, la naissance ou le décès des enfans d'un des associés auront une influence décisive sur la position des contractans; ils feront surgir ou cesser la prohibition. Mais la survenance d'enfans opère aussi la révocation des donations entre vifs; il n'est donc pas extraordinaire que le même fait, ou des faits analogues produisent ici des résultats semblables.

Sans doute, ordinairement les libéralités déguisées sous la forme de contrats à titre onéreux ne sont point annulées; la jurisprudence de la Cour de cassation les maintient jusqu'à concurrence de la quotité disponible. Mais cette doctrine, sur laquelle, au surplus, il est encore permis de conserver du doute; ne peut s'appliquer à un contrat, qui, plus suspect que les autres, parce qu'il est plus propre à faciliter les fraudes, a été l'objet de précautions particulières, de dispositions irritantes, de prohibitions formelles.

On trouve, il est vrai, dans le discours de M. Treilhard au corps législatif, le passage suivant: « C'est par des considérations d'une haute importance que vous avez établi entre quelques personnes des incapacités de se donner au préjudice de quelques autres. *Ces prohibitions ne sont pas nombreuses* dans notre législation; mais enfin il en existe. Or, ce que vous avez expressément défendu, ce qu'on ne peut faire directement, il serait inconséquent et dérisoire de le tolérer indirectement. »

L'orateur, dit-on, n'eût point tenu un pareil langage, il n'eût pas présenté la prohibition comme n'ayant que de rares applications, si, dans sa pensée, elle avait dû atteindre tous ceux dont les ascendans sont encore vivans, ou qui ont des enfans légitimes. Je reconnais qu'en effet ces paroles semblent limiter la prohibition au cas où il y a incapacité de disposer; elles seraient donc d'un grand poids, si le texte était obscur ou équivoque. Mais elles ne sont ni assez explicites, ni assez puissantes pour

l'emporter sur les termes clairs et précis de l'article. D'ailleurs, M. Treilhard s'attachait dans son discours aux dispositions les plus remarquables; il en indiquait les principaux motifs, et n'avait certes point l'intention de résoudre la difficulté qui est ici controversée.

Dans la discussion au conseil d'état, elle n'a été qu'effleurée. Un vif débat s'étant engagé sur la question de savoir si les sociétés universelles pourraient embrasser les biens à venir, on fut conduit à examiner s'il convenait d'interdire les sociétés universelles entre personnes respectivement incapables de disposer et de recevoir. Le consul Cambacérès et M. Tronchet qui avaient pensé qu'on devait permettre les sociétés de biens à venir, s'élevèrent contre la prohibition des sociétés de biens présens entre incapables, laissant pour toute ressource contre la fraude, le droit aux parties intéressées d'établir que la société cachait une donation. Le conseil, sur la proposition de M. Treilhard, adopta le système opposé. Alors M. Réal fit observer que, d'après le principe adopté, la survenance d'enfans détruirait les sociétés de tous biens. Le consul Cambacérès ajouta que, si la société donnait quelque avantage à l'autre associé, on la réduirait à la quotité disponible. Cette opinion était la conséquence de celle qu'il avait émise dans la discussion, et l'on comprend qu'opposé à la prohibition, il devait chercher à en restreindre l'étendue et les effets.

C'est donc encore une fois au texte qu'il faut s'attacher. Je persiste dans l'interprétation que je

lui ai donnée, avec d'autant plus de confiance, que, pour restreindre la prohibition aux personnes incapables de disposer et de recevoir, il ne faut rien moins que supprimer les derniers mots de l'article. Ce serait une singulière façon d'interpréter les lois que de tronquer leurs dispositions. On ne doit pas craindre, au surplus, de s'écarter de la pensée du législateur, en réduisant le nombre des personnes à qui il est permis de contracter des sociétés universelles. Dans le projet de Code présenté au nom du gouvernement, par la commission composée de MM. Portalis, Tronchet, Bigot de Préameneu et Maleville, la société de biens présens était absolument interdite (1). Si elle a été autorisée ensuite, ce n'est qu'avec hésitation et réserve; n pourrait presque dire que la prohibition est le principe; et la permission, l'exception.

Il y aurait, enfin, de graves difficultés dans l'application du système, qui se bornerait à réduire à la quotité disponible les avantages excessifs que pourraient présenter les sociétés universelles. Il faudrait apprécier arbitrairement le résultat des clauses qu'elles contiendraient, compenser le bénéfice que présenterait l'une, avec

---

(1) L'art. 8, tit. XIV, était ainsi conçu : « la loi ne reconnaît que la société universelle de gains et prohibe celle de tous biens présens et à venir. » — L'article 2 ajoutait : « les biens que les associés possèdent au temps du contrat n'y entrent que pour la jouissance. » — Dans la discussion au Conseil d'État, le consul Cambacérès rappelait cette disposition; les rédacteurs du projet, disait-il, n'avaient pas même admis la société de tous biens. M. Locré, tome XIV, page 497.

la charge qu'imposerait l'autre. Ce serait livrer au pouvoir discrétionnaire des juges le sort des conventions; ce serait folie de former des rapports si peu stables. Sous le régime d'une pareille tolérance, on ne verrait pas une société universelle contractée de bonne foi, entre personnes ayant des héritiers à réserve; dès-lors, il valait mieux les prohiber absolument.

120. Les personnes qui, à raison des liens qui les unissent aux incapables de donner ou de recevoir à titre gratuit, sont réputées personnes *interposées*, et qui, en cette qualité, sont elles-mêmes frappées d'incapacité, ne pourront, par cela seul, contracter valablement une société universelle. Cela est incontestable, puisque, d'après l'article 1840, toute incapacité de faire ou de recevoir des libéralités engendre une incapacité de former une association universelle.

121. Il n'est pas besoin de dire que la société est nulle, non-seulement lorsque tous les associés sont réciproquement incapables de donner ou de recevoir, les uns des autres; mais aussi lorsque tel qui est incapable de recevoir des libéralités des autres, aurait capacité pour leur en faire: la loi, entendue différemment, n'atteindrait pas le but qu'elle se propose. Ainsi, incontestablement l'association entre le tuteur et son pupille, entre le malade et le médecin, entre un père et ses enfans incestueux ou adultérins, entre celui qui a des héritiers à réserve et celui qui n'en a pas, est atteinte par la prohibition; quoique le tuteur pût disposer en faveur de son pupille, le médecin en

faveur du malade, l'enfant adultérin ou incestueux en faveur de ses parens, celui qui n'a pas d'héritiers à réserve en faveur de celui qui en a.

122. Toutefois, il y a cette différence entre les sociétés formées par des gens réciproquement incapables de se donner, et celles où l'incapacité réside seulement dans l'un des contractans; que pour les unes, la nullité est absolue, tandis que pour les autres elle est relative, et ne peut être proposée que par l'incapable, ou par ceux dans l'intérêt de qui elle a été établie, c'est-à-dire, par les héritiers à réserve. (1)

123. L'annulation de la société la fait cesser pour l'avenir, mais elle n'empêche pas qu'elle ait existé; il faut donc déterminer les conséquences des rapports qui ont été établis entre les parties, et liquider la communauté de fait. On devra suivre dans cette opération les règles ordinaires de l'équité, sans s'occuper des stipulations insérées dans l'acte qui est annulé.

124. M. Duranton (2) pense que la perte des choses, qui auraient péri par cas fortuit, doit retomber sur le propriétaire. Il est des occasions, où cette manière de procéder consacrerait une révoltante iniquité. Ne serait-il pas injuste, par exemple, que lorsque tous les associés auraient pendant longtemps perçu des bénéfices considérables, produits par une chose appartenant à l'un d'eux, la perte

(1) M. Duranton, tome XVII, n°s 378 et 380.
(2) Tome XVII, n° 383.

entière de cette chose fût supportée par celui qui l'aurait mise dans la société? En pareil cas et dans les circonstances analogues, les tribunaux pourront répartir le sinistre entre les associés, dans les proportions qu'ils jugeront convenables.

125. Lorsque j'ai indiqué, dans le chapitre précédent, ce qui peut être l'objet d'une société, j'ai dit que, suivant la règle commune à tous les contrats, les choses et les actes déshonnêtes ou contraires aux lois ne sauraient être la matière d'une association. *Generaliter enim traditur rerum inhonestarum nullam esse societatem* (1). Ce principe proscrit les sociétés formées directement et avec préméditation pour une exploitation illicite. De plus, il ne permet pas que celles qui sont établies dans un but honnête profitent des gains illicites que ferait accidentellement l'un des associés. (2)

Cependant, si l'associé avait apporté à la société son bénéfice illicite, soit au su, soit à l'insu de ses associés, il ne pourrait plus le retirer, en alléguant qu'il l'a acquis par des voies honteuses ou criminelles : ce serait l'admettre à invoquer sa propre turpitude. La solution serait différente, si la restitution avait été ordonnée par les tribunaux. La société, qui n'était pas obligée de se dessaisir sur l'allégation de l'associé, ne pourrait résister à la puissance d'un jugement. (3)

---

(1) L. 57. ff. *Pro socio.*

(2) *Ead. leg.*

(3) Pothier, de la Société, n° 36, l. 53 et 54 ff. *Pro socio.*

126. Par la raison que la société ne profite pas des gains illicites, et notamment de ceux qui ont leur source dans les crimes ou délits de l'un des associés ; elle ne doit point supporter les amendes ou les réparations civiles, auxquelles ces délits ou ces crimes peuvent donner lieu.

127. Toutefois, si elle a retiré quelque fruit du délit, elle est tenue de la réparation civile jusqu'à due concurrence ; et même, si c'est au su des associés et de leur consentement que le bénéfice produit par l'action criminelle est venu accroître le fonds commun, ils seront tenus de toutes les condamnations soit pour la réparation civile, soit pour les amendes ; sans préjudice des peines corporelles, lorsque leur concours aura le caractère de la complicité, d'après les dispositions de la loi pénale. (1)

128. Ceci s'applique aux sociétés particulières, comme aux sociétés universelles ; mais à l'égard des premières dont l'objet est circonscrit, il n'est guère possible que le doute s'élève, et, qu'on ait la pensée de comprendre dans l'actif social, les résultats des pactes illicites, des crimes ou des délits des associés. C'était donc en traitant des secondes, qui embrassent tous les biens et presque tous les actes des associés, qu'il était utile d'établir la distinction entre ce qui est honnête et licite, et ce qui est prohibé et honteux.

129. Le réglement des parts entre les associés

---

(1) L. 55 et 56. ff. *Pro socio*. Pothier, de la Société, n° 42.

est soumis aux mêmes principes, dans les sociétés universelles et dans les sociétés particulières. Si quelques nuances existent entre elles sous ce rapport, j'aurai soin de les faire ressortir dans la section Ire du chapitre suivant.

SECTION II.

Des sociétés particulières.

SOMMAIRE.

130. *Sociétés particulières; leur caractère distinctif; objets qu'elles comprennent.*

131. *Il est indifférent, quant au caractère de la société, que les mises consistent dans la pleine propriété ou seulement dans la jouissance des objets.*

132. *Caractère d'une société, dans laquelle les parties ont fait entrer tous leurs biens, en désignant individuellement chacune des choses qui leur appartiennent.*

133. *Caractère de la convention, par laquelle les parties ont déclaré purement et simplement s'associer.*

130. La société particulière est celle qui a pour objet une ou plusieurs choses déterminées, ou seulement leur usage, ou les fruits à en percevoir.

Il y a également société particulière, entre ceux qui s'associent pour une ou plusieurs entreprises déterminées, pour l'exercice de quelque métier

ou profession, pour l'exploitation de quelque industrie ou découverte.

En un mot, lorsque tous les biens présens des associés, ou au moins tous les gains qu'ils peuvent faire par leur industrie à quelque titre que ce soit, ne sont pas compris dans l'association, et que, par conséquent, la qualification de société universelle ne peut lui être appliquée, elle rentre dans la classe des sociétés particulières.

131. Sans doute, selon que les mises consistent dans la propriété même des choses, ou seulement dans la jouissance, les effets sont fort différens. Comme on le verra ci-après (1), dans un cas, c'est la société qui supporte les pertes survenues par cas fortuit, dans l'autre, c'est l'associé qui a fait la mise; mais cela n'a aucune influence sur le caractère et la qualification de la société.

132. Si les parties, sans dire qu'elles veulent former une société universelle, sans même exprimer qu'elles y font entrer tous leurs biens, comprennent, toutefois, dans l'indication des objets qui composent les mises, absolument tous les biens meubles et immeubles que chacune d'elles possède, la société devra-t-elle être considérée comme particulière, ou comme universelle?

La question présente un grand intérêt. D'abord dans la société universelle des biens présens, les dettes de chaque associé, contemporaines du contrat, sont à la charge de la société; tandis que, dans une société particulière, l'apport doit être

(1) Voy. *Infrà*, Chap. II, sect. I, § II.

franc et quitte, chaque associé restant obligé de payer ses dettes personnelles. En second lieu, du nom que recevra la société dépendra l'application de la prohibition contenue dans l'article 1840: particulière, elle sera valable; universelle, elle pourrait être nulle.

En suivant la rigueur des principes, on ne devrait voir dans une pareille stipulation qu'une société particulière; car toutes les choses appartenant aux associés y sont comprises, par l'effet de la désignation individuelle de chacune d'elles. Chacune d'elles y est donc placée, à titre particulier; et la société n'embrasse pas véritablement l'universalité des biens des associés. Cela est tellement vrai, que si, par une omission volontaire ou involontaire, un objet appartenant à l'une des parties n'avait pas été compris dans la désignation de son apport, il resterait en dehors de la société.

Mais la contexture de l'acte, ou même les circonstances pourront démontrer que les contractans ont eu réellement l'intention de faire une société universelle, et que l'énumération qui est jointe au contrat n'est qu'une espèce d'inventaire de leur apport: alors il faudra incontestablement restituer à l'acte son véritable caractère; il le faudra, à plus forte raison, si l'on découvre que c'est pour éluder les prohibitions qui atteignent les sociétés universelles, qu'on a donné au contrat l'apparence d'une société particulière.

133. Domat examine quel serait l'effet d'une association, dans laquelle on aurait omis d'exprimer de quels biens, de quelles affaires, de quel

commerce elle se compose ; et si l'on avait dit simplement que *l'on s'associe*, ou que la société serait des gains et profits que feraient les associés sans rien spécifier. Il répond que, « la société ne s'étendrait qu'aux profits que pourront faire les associés, par les commerces et affaires qu'ils feraient ensemble. » (1)

Pareille convention, à mon avis, est nulle ; elle manque d'un élément essentiel à la validité de tout contrat, d'un objet certain qui forme la matière de l'engagement. (2)

A la vérité, l'article 1839 dit que la simple convention de société *universelle*, faite sans autre explication, n'emporte que la société universelle de gains. On conçoit, en effet, que lorsque les parties ont expressément manifesté l'intention de former une société universelle, on puisse suppléer à ce qui manque à leur convention, et déclarer à laquelle des deux sociétés universelles elles sont présumées avoir voulu se soumettre. Mais lorsqu'elles ont dit seulement qu'elles veulent s'associer, ou même que leur société sera des gains et profits ; il est impossible d'affirmer qu'elles ont voulu comprendre tous les gains et profits, et par conséquent, former une société universelle. D'un autre côté, il n'y a aucun moyen de savoir qu'elles sont les choses qu'embrasse leur convention, en la considérant comme société particulière

(1) De la Société, sect. III, n° 2.
(2) Cod. civ., art. 1108 et 1129.

Au surplus, l'opinion de Domat n'est pas précisément contraire à celle que je viens d'émettre. Il suppose que le contrat a reçu son exécution, que certaines opérations ont été faites, qu'elles ont produit des bénéfices; et il trouve convenable que la société soit censée avoir eu pour objet les choses qui ont été apportées, les opérations qui ont été accomplies. Dans ce cas, l'exécution a complété la convention; elle y a ajouté ce qui lui manquait pour être valable, la désignation d'un objet certain et déterminé.

CHAPITRE III.

Des engagemens des associés entre eux, et à l'égard des tiers.

SOMMAIRE.

134. *Division de ce chapitre.*

134. La société, comme tous les autres contrats, crée des droits et des obligations entre ceux qui la forment; de plus, et par un effet qui lui est particulier, elle donne naissance à des rapports entre les contractans et les tiers, dont les conséquences doivent être déterminées. Ce chapitre se divise donc naturellement en deux sections, l'une consacrée aux droits et obligations des associés entre eux; l'autre, aux rapports des associés avec les tiers.

SECTION PREMIÈRE.

Des engagemens des associés entre eux.

SOMMAIRE.

135. Division de cette section.

135. La première obligation imposée à chaque associé consiste à apporter à la société la chose qui compose sa mise; et, réciproquement, son premier droit est de contraindre ses co-associés à fournir aussi leur apport.

Après avoir exposé les règles relatives à la formation de la masse commune, il importe de fixer la part de chaque associé dans les mises ainsi réunies et dans les bénéfices qu'elles peuvent produire.

Enfin, pour prévenir le désordre et l'anarchie qui seraient l'inévitable résultat de l'état de communauté, dans lequel sont placés les associés pendant toute la durée de la société, la législation et la doctrine ont dû déterminer les droits et les obligations de tous les membres de l'association, relativement au fonds commun, et la manière dont chacun doit concourir à l'administration des biens qui le composent.

Il est évident, d'ailleurs, que ces diverses règles ne peuvent recevoir d'application, que pendant la période durant laquelle subsiste le lien social; il

faut donc rechercher avec soin à quel moment il se forme et à quel moment il se dissout.

Cette section doit, en conséquence, se subdiviser en cinq paragraphes.

Dans le premier, on traitera de l'époque où commence la société, et de sa durée;

Dans le second, de l'apport des associés;

Dans le troisième, de la fixation des parts.

Le quatrième sera consacré à l'administration des biens sociaux.

Et le cinquième, aux droits et obligations des associés relativement au fonds commun.

---

§ Ier.

De l'époque à laquelle commence la société, et de sa durée.

SOMMAIRE.

136. *La société commence au jour fixé par la convention.*
137. *A défaut de convention sur le jour, elle commence à l'instant même du contrat.*
138. *La société peut être subordonnée à une condition suspensive.*
139. *Epoque et causes de la dissolution. Renvoi.*

136. La société commence au jour qui est fixé par les parties.

137. Elle commence à l'instant même où la convention est faite, s'il n'a pas été désigné d'autre époque. On doit supposer que les

contractans veulent que leur convention reçoive immédiatement son exécution, lorsqu'ils ne disent pas formellement le contraire.

138. La société peut être subordonnée à une condition suspensive. Dans ce cas, lorsque la condition s'accomplit, elle a, suivant les règles générales du droit, un effet rétroactif au jour du contrat. (1)

139. De même que le point de départ de la société dépend de la volonté des parties; de même, elles peuvent à leur gré fixer l'époque de la dissolution.

Au surplus, la société finit par l'extinction de la chose, par la consommation de la négociation, par la mort naturelle ou civile, par la déconfiture, et quelquefois même par la renonciation de l'un des associés. (2)

Nous verrons, dans le chapitre IV, sur quelles sociétés agissent ces diverses causes de dissolution, et dans quel ordre; quels sont leurs effets, et comment elles sont modifiées par la volonté des parties.

§ II.

De l'apport des associés.

SOMMAIRE.

140. *Divers aspects de l'engagement de fournir la mise, selon que la mise se compose de la propriété, ou de la*

(1) *Voy.* M. Toullier, tome VI, nos 537 et suiv.
(2) Art. 1844 et 1865.

jouissance des choses, ou qu'elle consiste en industrie.

141. *La propriété des choses certaines et déterminées composant l'apport social est transmise à la société, du jour du contrat.*

142. *Conséquences de ce principe. A compter du jour du contrat, les choses périssent pour la société, quoiqu'elles ne lui aient pas été livrées.*

143. *Elles périssent pour l'associé, s'il était en demeure; à moins qu'elles n'eussent dû également périr entre les mains de la société.*

144. *Entre la société et le tiers, à qui la chose aurait été transmise, la préférence est déterminée par la date des titres, s'il s'agit d'immeubles.*

145. *Par la livraison, s'il s'agit d'objets mobiliers.*

146. *L'obligation conditionnelle de fournir l'apport est soumise aux règles du droit commun.*

147. *Lorsque l'apport consiste en choses incertaines ou déterminées seulement par leur espèce, la responsabilité de l'associé ne cesse que lorsque l'incertitude ou l'indétermination a elle-même cessé.*

148. *Ordinairement l'incertitude ou l'indétermination ne cesse que par la livraison.*

149. *Cas, où sans que la chose soit sortie de la main de l'associé, elle est devenue certaine et déterminée et par conséquent a été aux risques de la société.*

150. *Les fruits appartiennent à la société, du jour où elle est devenue propriétaire des choses qui composent l'apport.*

151. *Cependant, si la société est contractée sous une condition suspensive, les fruits échus avant l'accomplissement de la condition appartiennent à l'associé.*

152. *Si l'associé n'a pas été mis en demeure, il ne doit que les fruits qu'il a perçus; s'il a été mis en demeure, il doit tous les fruits que la société aurait pu percevoir.*

153. *La délivrance de l'apport est soumise aux règles générales sur l'obligation de livrer et sur le paiement en général.*

190. *Distinction admise à cet égard par M. Pardessus. Dissentiment.*

191. *La société peut exercer l'action possessoire et l'action pétitoire.*

192. *Garantie due par l'associé au cas d'éviction.*

193. *La garantie due par l'associé à la société diffère de celle que doit le bailleur au preneur. En quoi consiste la différence.*

194. *Suite.*

195. *Nécessité d'exprimer clairement si c'est la jouissance seulement, ou la propriété qui est mise en société.*

196. *La présomption légale est que les choses sont apportées à la société, en toute propriété.*

197. *La volonté de restreindre la mise à la jouissance doit être clairement manifestée.*

198. *Clauses et circonstances qui peuvent être considérées comme restreignant l'apport à la jouissance. Dissentiment avec M. Duranton.*

199. *La clause, par laquelle on détermine les parts dans les profits et dans les pertes, n'exprime pas l'intention de limiter l'apport à la jouissance.*

200. *Il en serait autrement, s'il était dit que l'on ne s'associe* que pour les profits et pour les pertes.

201. *L'inégalité entre les apports n'est pas une raison suffisante, pour croire que la jouissance seule des apports est mise en société;*

202. *Alors même que, malgré l'inégalité des apports, les associés auraient stipulé l'égalité dans les bénéfices et dans les pertes.*

203. *Exception.*

204. *Lorsque l'apport d'un associé consiste en industrie, et celui de l'autre en argent, il n'est pas vrai que l'argent doive être réputé n'entrer dans la société que pour la jouissance. Opinion contraire de Fachin. Réfutation.*

205. *Suite. Abus résultant de l'exagération de valeur des apports industriels. Abus contraire.*

140. Celui qui promet la pleine propriété des choses qu'il apporte à la société et celui qui s'o-

blige seulement à lui en procurer la jouissance, contractent des engagemens dont les conséquences ne peuvent être les mêmes. De plus, entre eux et l'associé qui ne doit que son industrie, il y a également une différence incontestable. Aux deux premiers s'appliquent les règles sur l'obligation de donner; au second, les règles sur l'obligation de faire. L'engagement de fournir la mise sociale présente donc divers aspects, qu'il emprunte précisément aux objets dont se compose la mise.

141. Lorsque c'est la propriété même des choses qui forme l'apport d'un associé, et qu'il s'agit d'objets certains et déterminés, la société en est saisie du jour du contrat. On sait, en effet, que l'obligation de donner est parfaite par le seul consentement des parties, et qu'elle rend le créancier propriétaire. (1)

L'article 1845 fait l'application de cette règle au contrat de société.

Il déclare que chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis d'y apporter; c'est-à-dire, que la société en est créancière, et partant, propriétaire.

Il ajoute que l'associé est garant de son apport envers la société, de la même manière qu'un vendeur l'est envers son acheteur. L'assimilation entre la société et la vente, sous ce rapport, ne laisse aucun doute sur l'identité de leurs effets, en ce qui touche la transmission de la propriété.

---

(1) Cod. civ., art. 1138.

La rédaction obscure et équivoque de l'article 1867 (c'est M. Toullier qui la qualifie ainsi) (1), pourrait faire supposer que la propriété de l'apport social n'est point transféréede l'associé à la société, par l'effet du seul consentement; mais cet article sera expliqué en son lieu (2) et l'on verra qu'il n'établit pas une exception au droit commun.

142. Il m'a paru utile de montrer ainsi tout d'abord, que les règles générales sur l'obligation de donner s'appliquent à l'obligation de fournir la mise sociale.

Ce point de doctrine emporte la solution d'une foule de difficultés.

Ainsi, lorsque la chose, formant l'apport social, a péri par cas fortuit depuis le contrat, la perte est pour la société, quoique la livraison n'eût pas été faite. M. Toullier a soin de faire remarquer que la jurisprudenc eantérieure au Code mettait aussi la perte survenue avant la tradition, à la charge de la société, quoique, sous l'empire de cette jurisprudence, la propriété ne fût point transférée par le consentement; et il cite le n° 110 du traité de la société de Pothier, où se trouve indiquéela raison de cette solution. « Dans toutes les dettes de corps certains, y est-il dit, la chose due est aux risques du créancier à qui elle est due, et le débiteur est libéré, lorsqu'elle périt sans sa faute ». (3)

(1) Tome VII, n° 458.

(2) *Infrà*, chap. IV.

(3) Tome VII, n° 452 en note.

143. Mais soit avant, soit depuis le Code, la perte serait pour l'associé, s'il était en demeure de livrer, à moins que la chose n'eût dû également périr dans les mains de la société.

144. Entre la société et un tiers, à qui l'associé aurait vendu ou transmis, à un titre quelconque, l'immeuble formant sa mise, la préférence serait déterminée par la date des titres : la livraison serait un fait indifférent.

145. Au contraire, s'il s'agissait de meubles, il faudrait s'attacher à la livraison reçue de bonne foi, et non à la date des titres.

146. Lorsqu'un associé ne s'est engagé que sous une condition, la responsabilité de la perte totale ou partielle, arrivée avant l'accomplissement de la condition, est réglée par les principes généraux sur les obligations conditionnelles. (1)

Je ferai remarquer au surplus que si la mise vient à périr par cas fortuit, avant l'évènement qui forme une condition suspensive ; non-seulement la perte ne tombera point sur la société, mais la société n'aura même jamais existé. (2)

147. Le principe que le consentement transmet la propriété n'a pas d'application possible, lorsque le contrat a pour objet des choses incertaines, ou déterminées seulement par leur espèce.

En conséquence, la responsabilité de la perte ne commence à peser sur la société, que lorsque l'état

---

(1) M. Toullier, tome VI, n° 525 et suiv.

(2) Voy. M. Toullier, tome VI, n°s 538, 539, 540, 541 ; et tome VII, n° 463.

d'incertitude et d'indétermination des choses qui composent la mise a cessé. Avant ce moment, l'associé ne peut prétendre qu'il est libéré, parce que sa mise a péri : *genus nunquam perit*. Il est donc de la plus haute importance de savoir, par quels actes ou par quels faits, ce qui était incertain ou indéterminé cesse de l'être; à quel moment, les choses qui ne sont déterminées dans la convention que par leur espèce, deviennent des individualités distinctes et nettement désignées.

148. Ce changement s'opère par la livraison, par la remise effective que fait l'associé de certains objets.

149. Il s'opère aussi quelquefois, quoique les choses ne soient pas sorties des mains de l'associé. Il faut pour cela qu'elles aient été destinées par lui à la société, et même qu'il ait commencé à en faire emploi dans l'intérêt commun. Un exemple choisi par Pothier indique très bien les deux circonstances, dont la réunion est nécessaire pour que les risques d'une chose non livrée passent, de l'associé qui en est resté détenteur, à la société.

« Nous avons contracté, dit-il (1), une société pour aller acheter, en différentes provinces, certaines marchandises que nous ferions venir ici pour les y revendre, et nous sommes convenus d'apporter chacun mille écus dans cette société. Si avant d'exécuter cette convention, des voleurs ont forcé votre coffre-fort et vous y ont volé une somme

(1) De la Société, n° 112.

de mille écus, que vous destiniez pour la société, cette perte ne tombera pas sur la société; car ces deniers qui vous ont été volés, non-seulement n'appartenaient pas à la société, mais ne peut même dire que c'était précisément de ces deniers qui ont été volés que vous étiez débiteur envers la société. Mais si, étant parti pour aller en marchandises, en exécution du contrat de société, vous avez pris cette somme sur vous, et qu'on vous l'ait volée en chemin, la perte tombera sur la société; car vous êtes censé avoir payé à la société la somme de mille écus que vous lui deviez, en emportant avec vous ces deniers pour le voyage que vous faisiez en exécution de la société. Ces deniers sont par là devenus les deniers de la société, dont le vol doit par conséquent tomber sur la société. »

Cette espèce est tirée de la loi 58, ff. *pro socio* §1, ainsi conçue: ***Celsus tractat : si pecuniam contulissemus ad mercem emendam, et mea pecunia periisset, cui perierit ea, et ait : si post collationem evenit, ut pecunia periret, quod non fieret, nisi societas coita esset ; utrique perire; ut putà si pecunia, cùm peregrè portaretur ad mercem emendam, periit. Si vero ante collationem, posteà quam eam destinasses tunc perierit : nihil eo nomine consequeris, inquit, quia non societati periit.***

J'ai cru devoir reproduire ce texte, parce qu'il montre mieux que la paraphrase de Pothier, premièrement qu'il faut quelque chose de plus qu'une destination pure et simple, pour mettre la somme due par l'associé aux risques de la société; et, en

second lieu, que l'acte de l'associé qui a commencé son voyage, emportant avec lui l'argent nécessaire aux opérations sociales, équivaut à une réalisation de son apport. Celui qui a mis à part dans sa caisse la somme formant sa mise, exprime l'intention de la livrer à la société; mais il ne la livre pas en réalité. Or, en pareille occasion, l'intention ne suffit pas, il faut des faits. Ce n'est pas ce qui sera, c'est ce qui est, qu'on doit considérer. (1)

150. Les fruits produits par les choses qui composent une mise sociale appartiennent à la société, du jour où elle est devenue propriétaire de la mise d'après les règles qui ont été ci-dessus développées.

151. Toutefois, si la société est contractée sous une condition suspensive, les fruits échus depuis la convention et avant l'accomplissement de la condition n'appartiendront pas à la société, quoique, par l'effet rétroactif de la condition, la société soit censée avoir été propriétaire du jour du contrat.

« C'est du jour de l'accomplissement de la condition, dit M. Toullier, que les fruits appartiennent au créancier, parce que c'est à cette époque qu'il devient propriétaire, et que l'ancien propriétaire cesse de posséder de bonne foi. » (2)

---

(1) *Baldus decidit : determinationem non sumi ab eo quod erit, sed ab eo quod est. Quod verum esse ait Zazius. Gothof. ad leg.* 58. *ff. pro socio,* § 1.

(2) Tome VII, n° 541. Il ne faut pas prendre à la lettre ces paroles : « C'est à cette époque qu'il devient (le créancier) propriétaire; » car M. Toullier dit lui-même au n° 843, que le second effet de la condition suspensive, lorsqu'elle est arrivée, est de remonter au jour du contrat, et qu'ainsi, tout ce que le débiteur conditionnel aurait fait, *pendente conditione*, les aliénations, les hypothèques et

152. Si l'associé n'a pas été mis en demeure de livrer sa mise, il ne doit à la société que les fruits qu'il a perçus depuis le jour du contrat; s'il a été mis en demeure, il est tenu même de ceux qu'il n'a pas perçus, et que la société aurait pu percevoir, si la mise lui avait été livrée; car, selon l'observation de Pothier, « c'est un effet de la demeure d'obliger le débiteur à indemniser son créancier de tout ce que le créancier a souffert de la demeure. » (1)

153. Les obligations des associés, en ce qui touche la délivrance de leur apport, sont déterminées par les règles générales des contrats. Ainsi, pour tout ce qui concerne les moyens de faire la délivrance, les choses qu'elle doit comprendre, le temps et le lieu où elle doit être faite, les conséquences de la mise en demeure; il faut consulter les dispositions relatives à l'obligation de livrer, aux dommages-intérêts pour défaut ou retard de livraison, et au paiement en général. (2)

154. Toutefois, ces principes généraux ne s'appliquent point à la société sans certaines modifications.

Par exemple, lorsque la mise consiste en une somme d'argent, l'associé devient de plein droit et

---

autres charges qu'il aurait créées, *tout s'évanouit par l'accomplissement de la condition*. Cujas, sur la loi 8. *ff. de per. et com. rei vend.* a exprimé une opinion différente sur la propriété des fruits échus *pendente conditione*. *V.* les judicieuses observations de M. Duranton à cet égard. Tome XI, n° 82.

(1) De la Société, n° 115.

(2) Cod. civ, art. 1136 et suiv.; 1235 et suiv.

sans demande, débiteur des intérêts de cette somme, à compter du jour où elle devait être payée (1). C'est une des rares exceptions à la règle consacrée par l'article 1153, et selon laquelle les intérêts ne courent que du jour de la demande en justice; c'est aussi une innovation à l'ancienne jurisprudence. (2)

155. L'associé peut en outre, et selon les circonstances, être condamné en de plus amples dommages-intérêts, envers la société (3). C'est encore là une dérogation au droit commun; car l'art. 1153 dit aussi que, dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts fixés par la loi.

Si donc la société prouve que, faute par l'associé d'avoir versé sa mise au terme fixé, elle n'a pu remplir elle-même ses obligations, qu'elle a, par suite, éprouvé une perte quelconque, ou si elle établit qu'elle a manqué une opération qui lui eût procuré des bénéfices certains; elle aura le droit d'exiger une somme égale à la perte qu'elle aura subie ou au bénéfice dont elle aura été privée.

Cette rigueur envers les associés retardataires s'explique par la nature et le but du contrat de société. Celui qui promet purement et simplement de payer une somme d'argent, ne s'engage

---

(1) Art. 1846. 1er alinéa.

(2) Pothier, de la Société, n° 116.

(3) Art. 1846, *in fine*.

qu'à remettre à son créancier ce qu'il lui doit, sans intention de lui procurer par là plus d'avantage qu'il n'en résulte ordinairement de la jouissance d'un capital. D'ailleurs, il est souvent pressé par la nécessité; il promet plus qu'il ne peut tenir. L'associé, au contraire, était libre de promettre une mise, ou de ne pas s'engager. En s'engageant, il a su que ses co-associés compteraient sur le versement, pour arriver à des bénéfices supérieurs à l'intérêt légal de l'argent; il s'est obligé à leur procurer par son concours ces bénéfices. Il doit une indemnité complète, si sa faute empêche de les réaliser.

156. Quelques auteurs paraissent croire que toutes les dispositions relatives à la délivrance de la chose vendue s'étendent à la délivrance des mises sociales. Ainsi, M. Duranton énonce comme un point de doctrine incontestable, que les articles du Code civil, où sont tracées les obligations du vendeur d'un immeuble dont la contenance est portée au contrat, renferment des règles, auxquelles est soumis l'associé qui a promis pour son apport, un immeuble, en exprimant sa contenance. (1)

Je ne crois point que cette opinion doive être suivie.

Chaque contrat particulier est régi par les dispositions communes à toutes les conventions, et il ne faut rien moins qu'une exception expresse pour soustraire l'un d'eux à l'empire des princi-

(1) Tome XVII, n° 393.

pes généraux. Mais les règles spéciales à l'un ne s'appliquent à l'autre, qu'autant que cette extension est autorisée par un texte formel, ou par l'analogie qui existe entre eux. Or, je ne vois pas le texte qui ordonne, je n'aperçois pas l'analogie, qui permet d'assimiler complètement un associé à un vendeur.

Par le contrat de société, chaque associé transporte à ses co-associés la propriété de sa mise, et il s'oblige à leur en faire la délivrance; de même, le vendeur transmet à l'acheteur la propriété de la chose vendue, et il est tenu de la lui livrer. Donc sous ce rapport, la vente et la société ont des effets semblables. Maintenant, de ce que la similitude existe sur ces deux points, doit-on conclure qu'elle s'étend nécessairement à d'autres, et notamment que toute règle relative à la délivrance d'une chose vendue est applicable à la délivrance d'un apport social? Non, sans doute. La transmission de la propriété et l'obligation de faire la délivrance sont des effets communs à la société et à la vente; parce que, dans l'une comme dans l'autre, il y a une obligation de donner qui emporte celle de livrer, et qui rend le créancier propriétaire, par le seul effet du consentement. Mais là s'arrête la ressemblance. Le vendeur donne sa chose, pour recevoir un prix; l'associé, afin d'être admis à un partage de bénéfices éventuels. Cette différence est assez importante, pour qu'on ne puisse pas, de plein droit et sans examen, soumettre les deux contrats, dans leurs effets et dans leur exécution, à l'empire des mêmes règles. C'est à ceux qui prétendent que

les articles faits pour la vente doivent gouverner aussi la société, à établir leur système. Il n'est pas probable qu'ils y réussissent. La règle générale est que celui qui s'est obligé à donner une chose, doit la donner telle qu'il l'a promise, et par conséquent, avec la contenance qui a été indiquée dans le contrat; c'est par exception, que le vendeur jouit d'une certaine latitude. L'associé ne peut donc réclamer la même tolérance; car les exceptions sont de droit étroit. On ne doit pas les étendre, même lorsqu'il y a quelque analogie; à plus forte raison, lorsqu'il y a une différence aussi tranchée que celle que je viens d'indiquer.

A la vérité, aux termes de l'article 1846, en cas d'éviction, il est dû garantie par l'associé à la société; et pour indiquer la nature et les effets de cette obligation, le législateur s'exprime ainsi: L'associé est garant envers la société, de la même manière qu'un vendeur l'est envers son acheteur. Ce texte a inspiré à M. Duranton la pensée d'assimiler aussi l'associé au vendeur, en ce qui touche la délivrance, lorsque l'apport consiste en un immeuble (1). En d'autres termes, l'assimilation établie entre eux par la loi, pour la garantie au cas d'éviction, lui paraît autoriser l'assimilation au cas de déficit ou d'excédant de la contenance indiquée. Son raisonnement ne serait pas sans réplique, alors même que le déficit dans la contenance indiquée aurait le caractère d'une éviction; car le cas où la mise présenterait un excédant offrirait

(1) *Loc. cit.*

l'idée inverse. Mais, bien loin qu'au titre de la vente, la responsabilité du vendeur qui ne délivre pas tout ce qu'il a promis, soit confondue avec la garantie qu'il doit à l'acheteur évincé; elles sont l'objet de dispositions distinctes et séparées (1). Si le législateur avait eu l'intention d'étendre à la délivrance de l'apport social les dispositions relatives à la délivrance de la chose vendue, il ne se serait pas borné à rappeler les règles sur la garantie due au cas d'éviction. Lorsqu'il a jugé convenable d'appliquer au bailleur d'un fonds de terre ce qu'il avait précédemment établi à l'égard du vendeur (2); il s'en est expliqué en termes formels, sentant bien que, malgré l'analogie qui existe entre le louage et la vente, le bailleur et le preneur ne pouvaient pas, de plein droit, invoquer les textes relatifs au vendeur et à l'acheteur.

Ainsi, lorsqu'il y aura excédant ou déficit de contenance, les tribunaux apprécieront s'il est assez considérable pour entraîner la résolution du contrat, ou si on doit se borner à accorder une indemnité, soit à la société, pour la couvrir de ce qu'elle a reçu en moins, soit à l'associé pour le payer de ce qu'il a livré en plus.

Généralisant davantage, on peut dire que le contrat de société est régi par les dispositions placées au titre de la vente, qui ne sont que la con-

---

(1) Les articles 1616 et suiv. relatifs à la délivrance de l'immeuble dont la contenance est indiquée, font partie de la section II du chapitre IV du titre de la vente; et c'est la section III, § 1, du même chapitre qui est consacrée à la garantie en cas d'éviction.

(2) *V.* Cod. civ., art. 1765.

séquence et le développement des principes communs à toutes les conventions, par lesquelles on s'oblige à donner une chose; mais qu'on ne doit pas étendre d'un contrat à l'autre les règles spéciales à l'un d'eux et fondées sur sa nature particulière.

157. L'éviction qu'éprouve la société, des objets composant les mises sociales, fait naître contre les associés qui les ont fournies une action en garantie. L'art. 1845 exprime cette idée, en termes qui manquent d'exactitude et de clarté. « Lorsque, y est-il dit, l'apport consiste en un corps certain, et que la société en est évincée, l'associé en est garant envers la société, de la même manière qu'un vendeur l'est envers son acheteur. »

158. D'abord faut-il, comme semble l'indiquer cette rédaction, que l'apport soit un objet certain, pour qu'au cas d'éviction, l'associé doive garantie à la société? Non, il la doit également, quoique l'objet formant la mise ait été, dans l'origine, déterminé seulement par son espèce.

Il est vrai que l'éviction suppose que la société a été préalablement mise en possession de l'apport (1); il est vrai aussi que, par la délivrance faite à la société, l'objet qui n'était d'abord déterminé que par son espèce, l'a été d'une manière absolue.

(1) J'ai dit dans mon Traité de la Vente, qu'il y a éviction dans le cas où un tiers résiste à l'action en revendication de l'acheteur; qu'ainsi on peut concevoir l'éviction sans délivrance préalable. (*Voy.* tome XVI (I[er] de ma Continuation, n° 311); ici, il s'agit évidemment de l'éviction proprement dite, du dépouillement d'une chose déjà livrée.

Sous ce rapport, sans doute, il n'y a lieu à garantie que lorsqu'il y a un apport certain; car sans apport certain, point d'éviction. Mais c'est proclamer avec trop de soin et d'appareil cette évidente vérité, qu'une chose livrée est une chose certaine.

159. En second lieu, voulant déterminer le caractère et les effets de la garantie, l'article déclare qu'elle est semblable à celle qu'un vendeur doit à son acheteur. Rien de plus facile en apparence, que d'édifier sur cette base le système complet des obligations, dont est tenu l'associé, comme garant de son apport. Il semble qu'il n'y ait qu'à transporter les règles du titre de la vente au titre de la société, qu'à substituer le mot associé au mot vendeur. Le législateur, en supposant qu'il était possible d'assimiler complètement, sous ce rapport, les deux contrats, s'est fait illusion. Sans doute, le rapprochement qu'il établit peut servir à résoudre plusieurs difficultés; mais l'assimilation absolue ne saurait être admise. Il importe, par conséquent, de montrer où elle s'arrête, et d'indiquer jusqu'à quel point s'opère véritablement la fusion, que le texte présente et que les commentateurs ont considérée comme absolue.

La garantie du vendeur se divise, on le sait, en deux élémens distincts; l'obligation de défendre l'acheteur, lorsqu'il est menacé de l'éviction, et l'obligation de l'indemniser, lorsque l'éviction a eu lieu. (1)

(1) Tome XVI (Ier de ma Continuation) n°s 306, 322 et 355.



Cette double obligation pèse aussi sur l'associé; il doit empêcher que la société ne soit dépouillée de la chose qu'il lui a transmise; et s'il ne réussit pas à prévenir l'éviction, il doit réparer le dommage qu'elle cause.

D'ailleurs, l'associé n'est tenu à protéger la société contre l'éviction, que lorsqu'elle est fondée sur des causes telles, qu'elle engagerait la responsabilité du vendeur.

Enfin, les moyens à employer par lui pour atteindre ce but sont ceux, dont le vendeur pourrait être contraint à faire usage.

160. Jusque-là l'identité est parfaite.

Mais lorsqu'on passe au second élément de la garantie, à la seconde obligation qui naît, à défaut d'accomplissement de la première; c'est-à-dire, lorsqu'on s'occupe de l'indemnité qui est due, parce que l'éviction n'a pu être empêchée; alors, la nature différente des deux conventions exerce son influence : ce qui est vrai pour l'une ne l'est plus pour l'autre.

L'acheteur évincé a droit d'exiger du vendeur la restitution du prix qu'il a payé; les fruits qu'il a perçus, s'il est obligé lui-même de les rendre à celui qui l'évince; les frais faits sur la demande originaire et sur la demande en garantie; les frais et loyaux-coûts du contrat; et enfin des dommages-intérêts, s'il y a lieu.

Dans la société, il n'y a pas un prix comme dans la vente; chaque associé ne reçoit point une somme d'argent en échange de sa mise; l'équivalent de son apport consiste dans la copropriété du

fonds commun et dans la participation aux bénéfices. La société n'a donc pas à lui demander une restitution proprement dite ; elle ne peut que faire déclarer éteint le droit qui lui avait été conféré; en d'autres termes, faire prononcer la résiliation de la société, *ab initio*, ou à compter du jour de l'éviction, selon les circonstances; sans préjudice des dommages-intérêts, lesquels comprendront notamment la valeur des fruits que la société aura restitués, les frais d'acte ou de procès qu'elle aura payés.

La résolution de la société devrait même toujours être prononcée *ab initio;* car la condition résolutoire a un effet rétroactif, et met les choses au même état, que si l'obligation n'avait pas existé. Toutefois, lorsque la société aura joui paisiblement de la mise sociale, que des bénéfices considérables lui auront été procurés par la possession temporaire qu'elle aura eue; ce serait une dureté extrême que de considérer la convention comme non avenue, et de priver l'associé de toute participation à des bénéfices, que sans lui la société n'aurait pas faits. En pareille occurrence, l'équité commande d'apporter quelque tempérament aux conséquences qui dérivent des règles du droit sur l'effet des conditions résolutoires; et, pour concilier ce qui est juridique et ce qui est équitable, on peut dire que l'associé a exécuté son obligation, pendant tout le temps que la société a été en possession de l'apport; que par conséquent, le contrat ne doit être déclaré résolu que du jour de l'éviction; ou bien que, l'éviction n'étant que partielle,

il y a lieu de réduire proportionnellement les effets de la garantie. La société, privée de l'apport de l'un des associés, après en avoir joui pendant une certaine période, présente quelque analogie avec un acheteur qui est évincé après un certain temps, lorsque ce sont des prestations, dont la durée est limitée à un terme fixe, ou des animaux dont la vie a nécessairement des bornes, qui lui ont été vendus. Or, on décide que l'éviction que souffre cet acheteur n'est que partielle, et que le vendeur n'est pas tenu à la restitution entière du prix (1). Il semble que, par la même raison, l'associé doit conserver ses droits dans la société pour le passé, que c'est donner à la garantie toute l'extension convenable que de résoudre la société pour l'avenir, sans préjudice des dommages-intérêts qui pourront être prononcés selon les circonstances.

161. Même après ces explications, il reste de graves difficultés pour déterminer avec exactitude et précision les effets de la garantie due par l'associé. L'acheteur de prestations temporaires ou d'un animal dont les services sont quotidiens, perd, par l'éviction, un certain nombre de prestations, une certaine somme des services de l'animal, c'est-à-dire, une partie facilement calculable de ce qu'il a acheté. Il est tout simple d'obliger le vendeur à lui rendre une partie correspondante du prix. Mais la société, à qui une chose a

(1) Dumoulin : *Tract. de eo quod int.* n°s 127 et 129; Pothier, Traité de la Vente, n° 164, cités dans le volume XVI (Ier de ma Continuation), n° 361 et 362.

été apportée en toute propriété, pour qui elle devait être une source de bénéfices, et qui en est évincée, quelle quotité perd-elle de l'apport? Il est bien difficile de l'apprécier; d'autant que les bénéfices de chaque mise sociale ne sont pas toujours également répartis dans toute la durée de la société, et que souvent, c'est après une longue attente qu'on recueille le fruit des combinaisons, dans lesquelles est entré l'apport de chaque associé.

Ainsi, lorsque la société éprouvera l'éviction d'une mise, on décidera que le contrat est résolu *ab initio*; ou seulement du jour de l'éviction si la résolution *ab initio* devait entraîner des résultats iniques. Quand la société aura retiré de l'apport des bénéfices, on les imputera sur les dommages-intérêts, dont le chiffre sera fixé, en prenant en considération la valeur intrinsèque des choses composant la mise, le but de la société, l'époque de l'éviction, et les circonstances dans lesquelles elle a lieu.

162. L'éviction d'une partie de l'apport n'emportera pas toujours résolution du contrat. Comme dans la vente, on devra examiner quelle est l'importance relative de la partie évincée (1). Si elle est telle, que les associés n'eussent point reçu, comme mise sociale, la chose dans l'état où l'a réduite l'éviction, la société devra être résiliée. Si, au contraire, on reconnaît que la mise eût été acceptée, la société sera maintenue, sauf les

(1) Tome XVI (Ier de ma Continuation), n° 373.

dommages-intérêts à prononcer contre l'associé.

163. Ne pourrait-on pas dans cette dernière hypothèse, au lieu de condamner l'associé à payer des dommages-intérêts, se borner à réduire la part qui lui est attribuée dans la société?

Je ne pense pas que cette espèce de réparation puisse être imposée par les tribunaux à l'une des parties, contre la volonté de l'autre.

Si, pour déterminer la diminution qu'aurait à subir la part de l'associé, on devait s'attacher au rapport entre la mise entière et la portion de cette mise, dont la société aurait été dépouillée; si, par exemple, la chose évincée étant le quart de l'apport entier, les droits de l'associé étaient réductibles d'un quart, on aurait là une règle bien claire : elle remplacerait avec avantage l'arbitraire qui se rencontre toujours dans la fixation des dommages-intérêts.

Malheureusement elle est inadmissible. Les dispositions du Code sur la garantie due par le vendeur, au cas d'éviction partielle, et la nature même du contrat de société la repoussent également.

L'art. 1637, qui prévoit le cas où l'éviction partielle n'entraîne pas la résiliation de la vente, dit expressément, que la valeur de la partie, dont l'acquéreur se trouve évincé, lui est remboursée, suivant l'estimation à l'époque de l'éviction, et non proportionnellement au prix total de la vente, soit que la chose vendue ait augmenté, ou diminué de valeur.

En expliquant cette disposition, j'ai montré que l'éviction partielle, lorsqu'elle n'entraîne pas la

résolution de la vente, donne naissance à une action en dommages-intérêts, plutôt qu'elle n'oblige le vendeur à une restitution partielle du prix. Par conséquent, la société évincée d'une portion de l'apport d'un associé a le droit d'exiger une indemnité égale aux pertes qu'elle éprouve, ou aux bénéfices dont elle est privée. On risquerait de lui accorder plus ou moins qu'il ne lui est véritablement dû, si toujours on retranchait, de l'intérêt de l'associé, une quotité déterminée par la proportion qui existe entre la mise entière et la partie qui est évincée.

Alors même que l'application des règles relatives à la vente n'amènerait pas à cette conséquence, la nature du contrat de société y conduirait. Les bénéfices d'une société n'augmentent ou ne diminuent pas toujours, dans le même rapport que les mises sociales. En doublant les unes, on n'est pas sûr de doubler les autres; et quelquefois au contraire, en triplant l'apport, on décuple le bénéfice. On commettrait donc souvent d'énormes injustices pour ou contre la société, en disant : voilà un associé, dont l'apport est diminué du quart; il faut lui retrancher le quart des droits que lui assurait le contrat. Ce serait accorder à la société, tantôt trop, tantôt trop peu. En conséquence, l'éviction partielle, lorsqu'elle n'entraînera pas la résolution de la société, donnera lieu contre l'associé à une condamnation en dommages-intérêts, dont les tribunaux fixeront la quotité; et l'associé conservera la part que lui a faite le contrat, dans le fonds social et dans les bénéfices.

164. Pour échapper aux effets de la garantie dont il est tenu, l'associé aurait certainement le droit d'offrir à la société, en remplacement des choses dont elle aurait été évincée, des choses exactement semblables. Sous quel prétexte pourrait-elle demander la valeur des objets dont elle serait dépouillée et réclamer une indemnité, à raison soit des pertes auxquelles l'exposerait l'éviction, soit des bénéfices dont elle la priverait; lorsque l'associé offrirait des objets pareils à ceux qu'il avait d'abord fournis; qu'ainsi, d'une part, il rétablirait dans le fonds social ce qu'il y avait mis, et que, de l'autre, les pertes ou la privation de bénéfices, suites de l'éviction, ne seraient plus à craindre?

165. Ce n'est là, au surplus, qu'une faculté pour l'associé, qu'on ne peut convertir contre lui en obligation. On lit, il est vrai, dans M. Pardessus, que « lorsqu'un tiers revendique et se fait autoriser à reprendre l'objet livré à la société par l'un des associés, à titre de mise, cet associé qui doit s'imputer cette éviction est *obligé* d'en payer la valeur, ou, quand cela se peut, *d'en fournir un également propre au but proposé.* » Mais ce savant jurisconsulte, après avoir indiqué un exemple, ajoute : « s'il s'y refuse ou si la société ne peut subsister sans l'objet même dont elle est évincée, ses co-associés peuvent provoquer la dissolution, et obtenir contre lui des dommages-intérêts. » (1)

(1) Cours de Droit commercial, tome IV, n° 989.

166. La garantie des vices redhibitoires est due par l'associé, comme elle l'est par le vendeur. La différence que je viens d'indiquer, en parlant de la garantie au cas d'éviction et qui résulte de ce qu'un associé ne transmet pas sa mise, moyennant un prix, produit également ici son effet. On sait que l'existence des vices redhibitoires donne à l'acheteur deux actions, entre lesquelles il est libre de choisir; l'action redhibitoire proprement dite, tendante à la résolution du contrat; et l'action *quanti minoris*, ou en diminution du prix (1). Évidemment, celle-ci ne peut être donnée contre l'associé qui a reçu, pour équivalent de sa mise, le droit de participer au fonds social et aux bénéfices et non un prix. On ne pourra donc demander contre lui que la résolution du contrat avec des dommages-intérêts.

167. Dans les sociétés universelles, l'éviction d'une chose comprise dans l'apport de l'un des associés, ne l'assujétit à aucune garantie. Celui qui vend une hérédité, n'est point tenu à la garantie, envers l'acheteur, au cas d'éviction d'une ou de plusieurs des choses qui faisaient partie de la succession, parce qu'il n'a point vendu spécialement chacune de ces choses (2); de même, l'associé qui a promis d'apporter tous ses biens, n'a point entendu prendre l'engagement de transmettre à la société

(1) *V.* Tome XVI (I[er] de ma Continuation), n° 397.

(2) Tome XVII (II[e] de ma Continuation), n°s 299 et 302. M. Delvincourt, tome III, notes, page 228.

chacun des objets qui s'y trouvaient compris. (1)

168. Lorsque les choses sont mises dans la société seulement pour la jouissance, la société n'a sur les objets composant la mise, que les droits d'un usufruitier; et de son côté, l'associé est dans la position d'un nu-propriétaire. Il ne faut donc pas assimiler, comme le fait M. Duranton, l'une à un preneur et l'autre à un bailleur (2). Cette observation est importante, car le bail et la constitution d'usufruit ne confèrent pas les mêmes droits et ne produisent pas les mêmes effets; je crois l'avoir clairement établi dans mon traité du louage (3); et M. Duranton reconnaît lui-même, à quelques pages seulement de distance (4), que la société doit être assimilée à un usufruitier. A la vérité, c'est seulement en ce qui touche la garantie due par l'associé à la société, au cas d'éviction, qu'il compare l'associé à un bailleur; mais il n'y a pas moins contradiction. Dira-t-on qu'elle n'existe que dans les mots, parce que, relativement à la garantie, les obligations de celui qui a transmis un droit d'usufruit sont les mêmes que celles du bailleur envers le preneur. Cela fût-il vrai, l'inexactitude de l'expression mériterait toujours un reproche. On sait à quelles conséquences conduit souvent une règle mal formulée. D'ailleurs,

(1) M. Delvincourt, tome III, notes page 228.

(2) Tome XVII, n° 393.

(3) Tome XVIII (III[e] de ma Continuation) n[os] 27, 28, 29 et 30.

(4) N° 407.

en pénétrant au fond des choses, on s'aperçoit que la garantie que doit le vendeur d'un droit d'usufruit diffère, sur beaucoup de points, de celle qui est imposée à un bailleur en faveur du preneur. (1)

169. La première conséquence, qui résulte de cette appréciation des droits respectifs des contractans, est relative à la responsabilité des risques.

Evidemment, lorsque des choses sont mises en société seulement pour la jouissance, elles sont, même pendant la durée de la société, aux risques de l'associé, par la raison décisive qu'il ne cesse pas d'en être propriétaire.

170. Toutefois, cela ne doit pas s'entendre dans un sens trop absolu, et quelle que soit la nature des choses mises en société.

L'article 1851 restreint la responsabilité de l'associé au cas, où les choses qui composent son apport consistent en corps certains et déterminés, qui ne se consomment point par l'usage. Il ajoute, en developpant cette pensée, que si ces choses se consomment par l'usage, si elles se détériorent en les gardant, si elles sont destinées à être vendues, ou enfin si elles ont été mises dans la société sur une estimation portée dans un inventaire, elles sont aux risques de la société. (2)

171. Cette disposition semble exiger, pour que les risques restent à la charge de l'associé, la réunion de ces deux circonstances : 1° que les choses

---

(1) V. *Infrà*, n° 193.

(2) *V.* Pothier de la Société, n° 126.

qui composent sa mise, soient des corps certains et déterminés; 2° qu'elles ne se consomment point par l'usage, ne se détériorent point en les gardant, etc.

Ce n'est pas là cependant l'interprétation qu'il faut lui donner.

Si la chose mise en société ne se consommait point par l'usage, ne se détériorait point, n'était point destinée à être vendue, en un mot, n'était point de celles qu'énumère le second alinéa de l'article 1851; par cela seul, la perte retomberait sur l'associé : et vainement pour la rejeter sur la société, on ferait remarquer que, lorsque le contrat a eu lieu, la chose n'était pas un corps certain et déterminé. Loin que l'incertitude ou l'indétermination des choses, formant un apport social, affranchisse l'associé des risques; elle en fait peser sur lui la responsabilité, alors même que c'est la propriété qui a été mise en société. (1)

Ainsi, l'article 1851 n'exige pas que les choses, dont la jouissance compose la mise sociale, aient été certaines et déterminées du jour même du contrat et qu'elles ne se consomment point par l'usage, pour que, durant la société, elles restent aux risques de l'associé. Il exprime seulement ce qui doit toujours infailliblement arriver dans l'hypothèse qu'il prévoit; il constate que les choses qui composent l'apport, n'eussent-elles été désignées que par leur espèce dans le contrat, seront nécessairement, dans le cours de la société, des

(1) *Suprà*, n° 147.

corps certains et déterminés par la livraison qui en aura été faite; et il décide qu'elles seront aux risques et périls de l'associé; si elles ne se consomment point par l'usage, ne se détériorent point en les gardant, ne sont pas destinées à être vendues, etc.

En résumé, s'il s'agit des risques antérieurs à la livraison faite à la société, les choses qui composent l'apport peuvent être déterminées, ou indéterminées. Déterminées et ne se consommant point par l'usage, elles périront pour l'associé; déterminées et se consommant par l'usage, elles périront pour la société. Indéterminées, ou déterminées seulement par leur espèce, elles périront pour l'associé, soit qu'elles se consomment, soit qu'elles ne se consomment point par l'usage; ou plutôt on ne pourra pas dire qu'elles ont péri : *genus nunquam perit.*

S'il s'agit de la perte survenue, depuis la livraison et pendant le cours de la société, le cas où les choses seraient incertaines ou indéterminées ne peut plus se présenter; car la livraison et l'indétermination ou l'incertitude sont incompatibles. La responsabilité de la perte dépendra donc uniquement de la qualité intrinsèque des choses; elle pesera sur l'associé, si les choses ne se consomment point par l'usage; et sur la société, si elles se consomment.

172. Ces règles, sur la responsabilité des risques, doivent au surplus se concilier avec celles qui déterminent les conséquences de la mise en demeure du débiteur d'une chose. La perte arri-

vée, après que l'associé aurait été mis en demeure, tomberait sur celui-ci et non sur la société; à moins que la chose n'eût également péri entre les mains de la société. (1)

173. On trouve dans M. Delvincourt un judicieux exposé des motifs qui ont fait mettre à la charge de la société la responsabilité des risques; lorsqu'il s'agit des choses, dont le deuxième alinéa de l'article 1851 renferme l'énumération.

Voici comment il s'exprime :

« Comme le droit de perdre ou de consommer est le caractère distinctif de la propriété, il en résulte qu'à l'égard des choses fongibles, la jouissance et la propriété se confondent tellement, que le droit d'usufruit sur ces sortes de choses en confère la propriété, sauf restitution (Cod. civ. art. 587). Lors donc que la chose dont la jouissance a été mise dans la société est fongible, il est clair que la société ne pouvant s'en servir, sans la consommer et ne pouvant la consommer, sans en être propriétaire, la propriété en a été transférée à la société, par cela seul qu'on lui en a donné la jouissance. La chose doit donc périr pour elle... »

« Dès que des choses se détériorent en les gardant, on ne peut présumer que les associés aient eu l'intention de les garder; mais bien plutôt celle de donner à la société le droit d'en disposer à titre de propriétaire. »

Le même auteur ajoute que: « si les choses sont destinées à être vendues, l'associé est censé avoir

(1) *Suprà*, n° 143.

mis dans la société, et pour la jouissance seulement, la somme qui doit provenir de la vente; et que si elles ont été mises sur estimation, l'associé est également présumé avoir entendu comprendre dans son apport, seulement la jouissance du montant de l'estimation. »

174. Son opinion me paraît encore devoir être suivie, lorsqu'il dit qu'il n'est pas absolument nécessaire que l'estimation soit portée dans un inventaire; que la loi, en indiquant ce mode de constater l'estimation, n'a pas voulu exclure tous ceux qui offrent les mêmes garanties; qu'ainsi il suffit que l'estimation ait été faite contradictoirement avec tous les associés ou approuvée par eux.

175. Comme lui, aussi, je pense qu'il n'y a point lieu à rescision, pour vilité de l'estimation, même de plus des sept douzièmes; que les principes de la vente ne peuvent recevoir ici d'application; que la faveur accordée au vendeur, que l'on suppose avoir été forcé par les circonstances à aliéner sa chose à vil prix, ne saurait être étendue à l'associé, qui toujours est déterminé par le desir et l'espérance de faire un bénéfice, qui jamais n'est contraint par la nécessité à former une association. C'est, au surplus, un nouvel exemple qui montre que, si la vente et l'apport des mises dans la société sont à certains égards soumis aux mêmes règles, ils sont aussi sous une foule de rapports régis par des principes différens. (1)

---

(1) *Suprà*, n° 156 et suiv.

176. On vient de voir que, selon que la propriété des choses ou seulement leur jouissance est mise en société, la position des associés n'est pas la même; que l'associé qui apporte les choses en toute propriété cesse, du jour du contrat, d'être tenu de la perte; tandis que celui qui n'a compris dans sa mise que la jouissance, reste soumis à la responsabilité des risques, pendant toute la durée de la société.

Ce n'est pas la seule différence qui résulte de la nature de l'apport; il en est d'autres qui subsistent, lorsque celle-ci disparaît à cause de la qualité particulière des choses dont la jouissance est mise en société.

177. D'abord la perte de la chose apportée en toute propriété n'entraîne pas, du moins ordinairement, la dissolution de la société (1); tandis que la perte de celle, dont la jouissance a été mise seule en commun, a pour conséquence nécessaire de résoudre la convention. (2)

178. De plus, l'associé qui a fourni comme apport la propriété même de la chose, n'a droit à l'époque de la liquidation qu'à prendre sa part du fonds commun; il ne peut point prélever sa mise en nature, si elle existe, ou l'équivalent, si elle a péri. Au contraire, celui qui n'a fourni que la jouissance reprend sa chose, si elle se trouve en-

(1) La société serait dissoute, si la mise qui a péri était tellement importante, que, sans elle, les autres ne pussent plus procurer de bénéfices aux associés. V. *infrà*, chap. IV.

(2) Pothier de la Société, n°s 140 et 141.

core dans la société; et il a le droit d'en prélever le prix ou l'estimation, quoiqu'elle ait péri, si, par application des règles qui ont été exposées ci-dessus, c'est la société qui doit supporter la perte. (1)

Je me borne à énoncer ici ces propositions qui devront être reproduites et développées dans le chapitre IV, en traitant des causes de dissolution et du partage qui en est la suite.

179. Lorsque la chose, dont la jouissance est mise en société, est du nombre de celles qui se détériorent en les gardant; si elle existe en nature à l'époque de la dissolution, mais détériorée par le temps, l'associé n'est pas tenu de la recevoir en cet état : la détérioration doit être supportée par la société. M. Delvincourt, à qui j'emprunte cette solution, se fonde sur ce que le mot *risques* qu'emploie l'article 1851 est général et qu'il comprend la détérioration aussi bien que la perte. Il y a peut-être une autre raison plus puissante que celle qui est tirée du sens du mot *risques*. Pothier et M. Delvincourt lui-même enseignent que la société est chargée des risques des choses qui n'ont été apportées que pour la jouissance, parce que, soit à cause de la nature de ces choses, soit par l'effet des stipulations, la société dispose des objets compris dans la mise, comme si elle en était véritable propriétaire. En conséquence, l'associé est

---

(1) V. *suprà*, nos 170 et suiv. M. Delvincourt, tome III, notes, pag. 228.

créancier non des objets eux-mêmes, mais de leur valeur (1); la société ne peut se libérer envers lui en les lui abandonnant, si par un motif quelconque et notamment à cause des détériorations qu'ils ont éprouvées, il refuse de les accepter et préfère exiger le prix qui lui est dû.

180. M. Duranton ne réfléchit pas assez au véritable caractère de la créance de l'associé, lorsqu'il combat la doctrine enseignée par M. Delvincourt. Il croit que ce sont les objets eux-mêmes et non leur valeur que l'associé a le droit de reprendre, et qu'il ne peut les exiger que dans l'état où ils se trouvent, fussent-ils détériorés même par l'usage ordinaire pour les affaires de la société. Cet usage ordinaire, selon lui, constituait la mise de l'associé: « Si celui-ci, dit-il, eût entendu mettre la valeur même de ces objets dans la société, il ne tenait qu'à lui de le déclarer et d'en faire avec ses associés une estimation; alors, en effet, la détérioration et même la simple dépréciation eussent été à la charge de la société, qui aurait été débitrice envers lui, de la somme portée en l'état nominatif. Mais ce n'est pas ce qui a eu lieu, on le suppose. » (2)

C'est précisément en faisant cette supposition, que M. Duranton se trompe.

Sans doute, en l'absence de disposition formelle sur les effets de la mise en société de la jouissance

---

(1) Pothier, n° 126.
(2) Tome XVII, n° 409.

d'objets qui se détériorent par l'usage, on aurait dû appliquer la règle établie au titre de l'usufruit, par l'article 589. Par conséquent, on aurait dû décider que ces objets restaient aux risques et périls de l'associé, et que la société usufruitière n'était obligée de les rendre, au moment de la dissolution, que dans l'état où ils seraient, non détériorés par son dol ou par sa faute.

Mais l'art. 1851 intervertit les positions; il met les risques des choses qui se détériorent par l'usage, à la charge de la société usufruitière; il assimile ces choses aux choses fongibles, à celles qui sont destinées à être vendues, à celles qui sont accompagnées d'une estimation; il manifeste donc que pour les unes et pour les autres, la société est considérée comme propriétaire et que l'associé n'est créancier que de leur valeur. Le savant professeur, dont je combats la doctrine, fait remarquer que, si l'associé avait eu la pensée de mettre en société la valeur des objets qui formaient sa mise, il ne tenait qu'à lui de le déclarer et d'en faire avec ses associés une estimation. Il ne s'aperçoit pas que cette déclaration de l'associé est inutile, puisque la loi parle pour lui; que l'estimation n'est pas nécessaire, puisque la même règle est établie pour les choses estimées et pour celles qui se détériorent par l'usage.

181. Les droits de l'associé ne sont pas absolument les mêmes, quant à la nature et à la quotité du prélèvement qu'il peut exercer, dans les quatre hypothèses différentes prévues par le second alinéa de l'article 1851.

182. Si les choses mises en société se consomment par l'usage, la règle à suivre est évidemment celle que trace l'article 587 du Code civil. La société doit donc rendre, et l'associé est fondé à réclamer des choses de pareille quantité, qualité ou valeur, ou leur estimation à l'époque où finit la société.

183. Si les choses composant l'apport social se détériorent seulement par l'usage, il semble d'abord que l'on doive se référer à la disposition de l'article 589, qui détermine l'effet d'un usufruit établi sur des choses de cette nature. Mais, on vient de voir que l'article 1851, par une exception dont j'ai expliqué les motifs, a placé sur la même ligne les choses qui se consomment et celles qui se détériorent par l'usage; qu'il a assimilé les unes aux autres. Par conséquent, la restitution doit s'en faire de la même manière, et l'associé peut exiger la valeur des choses qui étaient comprises dans son apport, en les estimant au moment de la dissolution de la société.

184. Si les choses mises en société sont destinées à être vendues, c'est le prix de la vente qui forme l'apport social ; c'est donc la valeur au moment du contrat, que l'associé peut réclamer. M. Duranton fait observer que l'estimation de choses qui n'existent plus présentera quelquefois des difficultés; il ajoute avec raison que ces difficultés ne doivent pas empêcher l'application du principe ; et il conseille de suivre, dans ce cas, la marche tracée par l'article 868, Cod. civ., lequel porte que le rapport du mobilier donné se

fait en moins prenant, sur le pied de la valeur de ce mobilier lors de la donation, d'après l'état estimatif annexé à l'acte, et à défaut de cet état, d'après une estimation par experts à juste prix et sans crue (1). Cette opinion doit être suivie.

185. Si enfin la chose a été estimée, le dernier alinéa de l'article 1851 déclare que l'associé ne peut réclamer que le montant de l'estimation.

Cette disposition est absolue ; elle ne permet d'admettre aucune distinction fondée sur la nature des biens; elle s'applique aux immeubles comme aux meubles. (2)

186. L'associé qui n'est dans aucun des cas prévus par le second alinéa de l'article 1851, et sur qui par conséquent pèse la responsabilité des risques, ne peut s'en affranchir et rejeter la perte sur la société, qu'en prouvant que les choses ont péri par la faute des associés.

187. Il ne suffirait pas qu'il établît que la perte est arrivée par cas fortuit, au moment où les choses étaient employées dans l'intérêt de la société.

Sur ce point encore je suis en dissentiment avec M. Duranton. Selon lui, si la chose dont la jouissance seulement a été mise dans la société est venue à périr, par suite des risques inséparables de la gestion des affaires communes, la perte

---

(1) Tome XVII, n° 409.
(2) M. Duranton, *loc. cit.*

ne doit pas être supportée par l'associé propriétaire, mais bien par la société.

Il explique sa théorie de la manière suivante: « Si dans une société contractée pour une certaine entreprise, pour un certain commerce, l'un des associés outre sa mise, a mis aussi dans la société la jouissance de son cheval, pour la durée de l'entreprise ou pour un certain temps, et que, dans un voyage entrepris pour les affaires de la société, ce cheval ait été volé ou ait péri d'une manière quelconque, par force majeure, sans aucune faute imputable à l'associé qui s'en servait alors; la perte doit être supportée par tous les associés. » Enfin, il invoque comme justification de sa doctrine l'art. 1852, d'après lequel un associé a action contre la société, à raison des risques inséparables de sa gestion; et il cite la loi 52, § 4 ff. *pro socio*. (1)

Ni la loi romaine, ni l'article du code n'ont véritablement trait à la difficulté. Ils supposent que la gestion des affaires sociales a été, pour l'associé, l'occasion de dommages auxquels il n'avait point entendu s'exposer; qu'elle lui a fait perdre ce qu'il n'avait point mis dans la société. Au contraire, celui qui a compris dans son apport la jouissance d'une chose, a consenti à ce que la société s'en servît et à rester exposé à la perte qui pourrait arriver par cas fortuit. La société, ne le perdons pas de vue, est usufruitière; et il est incon-

(1) Tome XVII, n° 406

testable que la chose soumise à un droit d'usufruit périt pour le compte du nu-propriétaire, lorsqu'il n'y a ni faute ni imprudence à reprocher à l'usufruitier, dans l'usage qu'il en a fait.

188. La société est tenue de toutes les contributions, auxquelles est soumise la chose qui forme l'apport social.

189. Elle est obligée de supporter toutes les réparations qui ne sont pas *grosses* réparations.

190. M. Pardessus croit que la nature et la durée de la société peuvent servir à déterminer quelles espèces de dépenses sont à la charge commune. Il ne faudrait pas toujours, ce sont ses expressions, se décider par les règles sur l'usufruit. « Ainsi, ajoute-t-il, des associés s'unissent pour trois ou cinq ans ; l'un d'eux confère, pour sa mise, l'usage de sa maison et des magasins en dépendant. S'il faut faire pendant la durée de la société des réparations usufructuaires, qu'on sait être bien plus coûteuses que les réparations locatives, il n'est pas juste, à moins de convention différente, que la société en soit chargée. La durée stipulée donne lieu de croire qu'on n'a pas entendu qu'elle supportât autre chose que les réparations locatives. » (1)

Cette présomption ne me paraît pas devoir être aussi facilement admise. En contractant, les parties ont su que la société serait assimilée à l'usufruitier

---

(1) Cours de Droit commercial, tome IV, n.° 991.

et soumise aux mêmes obligations que lui. Si la courte durée de la société devait rendre trop onéreuses pour elle, les conséquences de l'assimilation, on pouvait introduire dans le contrat une clause qui les restreignît. Ceux qui font une convention, dont une loi expresse détermine les effets, sont présumés les avoir acceptés, à moins de manifestation d'une volonté contraire. M. Proudhon rappelle ces principes, en examinant la question de savoir, si l'on doit, relativement aux réparations, distinguer entre les cas où un droit d'usufruit aurait été établi à titre onéreux, et celui où il serait établi à titre gratuit.

« Sans doute, dit-il (1), si dans la vente de la nue propriété d'un fonds, ou dans la vente seulement d'un droit d'usufruit, il était convenu que l'usufruitier ferait les grosses réparations, ou que le propriétaire serait tenu des réparations usufructuaires, la convention faisant la loi des parties, devrait être exécutée sur l'un et l'autre point. Mais si on admet qu'on ait vendu un droit d'usufruit seulement, ou qu'on se le soit réservé en vendant seulement la nue propriété, sans aucune stipulation particulière sur le fait des réparations; alors il faut dire que les parties sont censées s'en être référées à ce qui est prescrit par la loi sur la matière, et qu'en conséquence leurs droits et obligations sont les mêmes à cet égard que s'il s'agissait de l'exécution d'un legs d'usufruit. »

---

(1) Traité des Droits d'usufruit, tome IV, n° 1670.

191. La société peut exercer l'action possessoire et l'action pétitoire; c'est un droit qui appartient à tout usufruitier. (1)

192. Si elle est évincée de tout ou partie des choses qui composent l'apport social, un associé est obligé, envers elle, à la garantie, comme le serait le vendeur d'un droit d'usufruit envers l'acheteur; sauf toutefois les différences que j'ai précédemment indiquées, en parlant de la garantie due par l'associé qui a mis dans la société, des choses en pleine propriété. (2)

193. J'ai déjà eu occasion de combattre cette assertion que l'associé est garant envers la société, comme un bailleur l'est envers un preneur; j'ai pris l'engagement de montrer qu'elle ne peut subsister sans danger, parce que les effets de la garantie due par un bailleur ne sont pas les mêmes, que les effets de la garantie imposée à celui qui a transmis un droit d'usufruit, à titre onéreux.

Deux exemples vont faire ressortir la distinction.

Un acheteur, dépouillé par l'effet d'une prescription commencée avant la vente et qui ne s'est accomplie que depuis, n'a pas de recours en garantie contre son vendeur, par la raison qu'il avait qualité pour interrompre la prescription, et qu'il y a faute, de sa part, à ne l'avoir pas fait. (3)

La même solution est applicable à l'acheteur

---

(1) M. Proudhon, tome I, n° 32.

(2) V. *suprà*, n° 159.

(3) Tome XVI (1er de ma Continuation), n° 314; Pothier de la Vente, n° 94.

d'un droit d'usufruit, qui, aussi bien que l'acheteur de la pleine propriété, a qualité pour faire des actes interruptifs de la prescription. (1)

Un preneur, au contraire, n'a ni l'obligation ni le pouvoir d'interrompre les prescriptions; il n'y a aucun reproche à lui faire, s'il laisse accomplir celles qui avaient commencé avant son bail; il aurait donc son recours contre le bailleur. (2)

Ainsi la société, dépouillée par l'effet d'une prescription accomplie dans les circonstances que je viens d'indiquer, ne pourra exercer l'action en garantie contre l'associé; car elle est usufruitière de la chose évincée. Elle le pourrait, s'il avait les droits d'un preneur contre le bailleur.

194. Aux termes des articles 1627 et 1629 du Code civil, le vendeur qui a stipulé qu'il ne sera soumis à aucune garantie n'est pas même obligé à la restitution du prix, lorsque l'acheteur a connu, lors de la vente, le danger de l'éviction, ou qu'il a acheté à ses périls et risques.

Le preneur, placé dans la même position et qui aurait également laissé insérer par le bailleur la stipulation de non-garantie, serait traité plus favorablement. Il ne serait point obligé à continuer après l'éviction le paiement des loyers ou fermages; il ne perdrait donc pas, comme l'acheteur, tout à-la-fois la chose et le prix.

A qui du preneur ou de l'acheteur doit-on assi-

---

(1) M. Proudhon, tome I, n° 36 et suiv., tome IV, n° 2160 et suiv. M. Toullier, tome III, n° 435.

(2) V. tome XVIII (III° de ma Continuation), n° 326.

miler la société? Si c'est à l'acheteur, elle n'aura droit à aucune garantie; et malgré l'éviction, les associés évincés seront obligés de continuer leurs rapports avec leur co-associé. Si la société est considérée comme un preneur, l'éviction entraînera la dissolution. (1)

Il ne me paraît pas que le doute soit possible. L'associé n'a point loué sa chose; il ne s'est point obligé à en faire jouir la société, *præstare uti frui*. Il a démembré la jouissance de la propriété, et il l'a transmise à la société. Donc il doit être traité comme un vendeur; il échappe, à ce titre, à toutes les conséquences de la garantie. Dans une vente, les choses resteraient après l'éviction comme elles étaient avant; le vendeur conserverait les avantages qu'il avait obtenus. Dans la société, il en doit être de même; l'associé ne peut être privé de ses droits dans les bénéfices et dans le fonds commun.

195. Puisque les effets de la société présentent de si graves différences, selon que l'apport social consiste dans la pleine propriété, ou dans la jouissance des choses qui en sont l'objet, il y a toujours un grand intérêt à savoir: si c'est la propriété, ou la jouissance qui est mise en société.

Les parties doivent s'attacher à ne point laisser d'incertitude à cet égard et à exprimer clairement leurs intentions; car souvent des doutes naissent, soit à raison de la nature des choses qui composent

---

(1) Tome XVIII (III[e] de ma Continuation), n° 330.

les mises sociales, soit à raison de leur valeur relative.

196. Lorsqu'une chose est mise en société sans autre explication, il y a présomption qu'elle est apportée en toute propriété. Dans ce contrat, comme dans tous ceux qui sont susceptibles de transférer la propriété, il est évident que la transmission est entière et complète, à moins de restriction formelle, de réserve expresse. L'article 1845 prouverait au besoin que l'effet de la société, sous ce rapport, est le même que celui de la vente. Il déclare qu'au cas d'éviction, l'associé est garant de la même manière que le vendeur : ce qui suppose nécessairement que la propriété des choses comprises dans l'apport social passe de l'associé à la société, comme la propriété des choses vendues est transmise du vendeur à l'acheteur.

M. Duranton fait très bien remarquer, d'ailleurs, « que la société est définie, par l'article 1832, un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes mettent en commun *quelque chose* dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter ; que, le bénéfice ne consiste pas seulement dans les fruits ou dans les produits de l'usage ; qu'il consiste aussi dans la plus-value que les choses pourront acquérir ; en sorte qu'on peut dire que le droit commun, c'est la mise de la propriété des choses dans la société, et l'exception, la mise de la simple jouissance. » (1)

197. La volonté de restreindre la mise sociale à

(1) Tome XVII, n° 408.

la jouissance des objets qui la composent doit donc être clairement manifestée.

Elle peut l'être ou par une stipulation claire et précise, ou par le concours de plusieurs dispositions. C'est à la sagacité des tribunaux qu'il appartient de discerner les cas, où le principe général conserve son empire, où par conséquent la propriété est transmise avec tous ses élémens, de ceux, où l'usufruit seulement est mis dans la société.

198. M. Duranton, qui a si bien exposé la règle générale d'interprétation, me paraît s'être mépris, lorsqu'il en a fait l'application.

Il pense d'abord que si l'acte de société porte: que les contractans auront telle part *dans les profits ou dans les pertes*, il est évident que l'on n'a voulu s'associer que pour les profits ou pour les pertes; que la jouissance et non la propriété des mises a été commune.

Il ajoute qu'il y aurait encore bien moins de doute, si les objets mis dans la société par chacun des associés avaient été estimés et que, d'après l'estimation, les mises fussent inégales.

Enfin, il considère les capitaux fournis par l'un des associés comme n'entrant dans la société que pour la jouissance, lorsque son co-associé n'a apporté qu'une somme moindre et son industrie, et à plus forte raison, lorsqu'il n'a apporté que son industrie. Il reconnaît, toutefois, que si l'industrie de l'un des associés est évidemment de beaucoup supérieure à l'intérêt des fonds qui constituent la mise de l'autre, alors on doit décider que la propriété des fonds entre dans la société.

Sur quelques points, je suis d'un avis entièrement opposé; sur d'autres, je pense qu'il y a des distinctions à faire.

199. Premièrement, la clause qui détermine les parts dans les profits ou dans les pertes n'exprime pas nécessairement l'intention de réduire les mises à l'usufruit des choses qui les composent, et de placer la propriété de ces choses, en dehors du fonds commun. Ce n'est point là le sens qu'elle présente à l'esprit. Il est bien plus naturel d'entendre que les associés ont voulu régler la quotité des droits de chacun dans le partage à faire, sans s'occuper de ce qui doit être partagé; qu'ils ont eu l'intention d'indiquer non pas les objets qui doivent composer la masse commune, mais la portion de chaque associé dans cette masse. S'il en était autrement, il n'y aurait de sociétés embrassant la pleine propriété des mises, que celles qui ne contiendraient pas de stipulation expresse sur les parts dans les profits ou dans les pertes; par cela seul qu'on aurait parlé de la proportion dans laquelle les bénéfices ou les pertes seraient partagés, on se trouverait avoir réduit les mises à la simple jouissance des choses qui les composent. Chaque jour cependant, les actes de société indiquent la quotité des droits des associés, ils disent combien chacun prendra dans les bénéfices et supportera dans les pertes; et personne ne songe à tirer de là la conséquence, que la propriété des choses n'est pas mise en commun.

Aurait-on eu la pensée que le mot *profits* a une signification différente que le mot *bénéfices;* que

celui qui parle *des parts dans les bénéfices* exprime une idée autre, que celui qui fixe *les parts dans les profits*; que le premier suppose une société, dans laquelle les choses entrent pour la propriété; et que le second se place dans l'hypothèse, où les mises sociales se composent de la jouissance seulement? Jamais cette distinction n'a été faite. Les expressions *gains*, *profits*, *bénéfices* sont employées indifféremment dans le texte de la loi (1) et dans les ouvrages des jurisconsultes. (2)

Ainsi, la règle générale qui veut que les choses mises en société y entrent, pour la propriété pleine et entière, subsiste et doit être appliquée, quoique les parties aient indiqué, par leur convention, la part de chacune dans les profits ou dans les pertes.

200. Il en serait autrement, si elles avaient dit qu'elles n'entendent s'associer que pour les profits et pour les pertes. Une stipulation ainsi conçue serait évidemment exclusive de l'intention de comprendre dans la société la propriété des choses composant les mises sociales.

---

(1) Cod. civ. articles 1832, 1837, 1838, 1850, 1853, 1855. Il est remarquable que l'article 1832, en définissant la société en général, emploie le mot *bénéfices*; que c'est au contraire le mot *profits* qui se trouve dans la définition, que l'article 1837 donne de la société universelle des biens présens.

(2) Pothier dit que la société est un contrat par lequel plusieurs personnes mettent en commun quelque chose, pour faire en commun un *profit* honnête. *De la Société*, n° 1. Domat emploie le mot *gain* *Voy.* liv. I, tit. VIII, sect. 1, n° 1. On lit tour-à-tour *gain* et *profit* dans Despeisses. *V.* notamment sect. I, §§ 10 et suiv. du titre III. *V.* le Répertoire de Jurisprudence, *verbo Société in princip.* M. Duranton, *passim*, et notamment, n° 415.

201. L'inégalité entre les apports, manifestée par l'estimation, paraît à M. Duranton une raison de plus, pour attribuer à la clause qui règle les parts dans les bénéfices et dans les pertes, le sens qu'il lui attribue. Elle me semble au contraire tout-à-fait indifférente.

Si, par l'estimation des choses qu'on met en société, il est démontré que ces choses ont une valeur différente et par conséquent que les mises sont inégales; aux termes de l'article 1853, les parts dans les bénéfices et dans les pertes seront inégales aussi. Par là, l'équité est pleinement satisfaite; et l'on n'a pas besoin, pour prévenir une injustice, de supposer que les contractàns ont entendu borner leurs apports à la jouissance des choses qui les composent.

202. Cette intention ne doit pas être admise, alors même que les associés ont, par dérogation au droit commun, stipulé l'égalité des parts, malgré l'inégalité des mises. Il est vrai que, dans ce cas, l'associé, dont l'apport est moindre, trouve un avantage à prendre une portion égale à celle des autres associés, dans un fonds dont il n'a fourni qu'une faible partie; mais on a déjà dit, et l'on dira bientôt de nouveau, que cette combinaison est permise; que le législateur n'a pas cru devoir la proscrire, malgré l'apparente injustice qu'elle entraîne. Rien n'autorise donc à penser que, lorsqu'elle est insérée dans un contrat de société, il faut nécessairement admettre une espèce de correctif. Vraisemblablement, les associés qu'elle lèse trouvent quelque compensation secrète dans

l'ensemble des dispositions de l'acte. S'ils eussent entendu se procurer un dédommagement, en limitant leur apport à la jouissance des choses qu'ils mettaient dans la société, ils auraient exprimé formellement cette volonté; sachant bien qu'elle est une dérogation au principe général; et qu'en conséquence elle ne doit pas facilement se présumer.

203. Toutefois, si la différence dans les apports était énorme, si d'ailleurs l'on trouvait dans la convention ou dans les circonstances quelque chose qui favorisât la prétention de l'associé qui demanderait à prélever sa mise, on conçoit qu'elle fût accueillie par les tribunaux.

204. C'est une opinion généralement répandue, et dont on retrouve des traces à une époque éloignée, que la mise qui consiste en travail, en intelligence, vaut moins que celle qui se compose d'argent ou d'autres objets matériels (1). Le Code civil porte l'empreinte de cette doctrine; puisque, dans l'article 1853, il déclare la mise en industrie la moindre de toutes, en employant d'ailleurs une forme assez dédaigneuse. A l'égard, y est-il dit, de celui qui n'a apporté *que son in-*

---

(1) *Voy.* Fachin, *lib. II*, *cap.* 94. Notes de Rousseaud de Lacombe sur Despeisses, de la Société, sect. IV, distinct. II; M. Duranton, *loc. cit.* On lit dans M. Pardessus, Cours de Droit commercial, t. IV, n° 990, *in fine.* « A défaut de stipulations précises ou de circonstances déterminantes dans une société où l'un des associés apporte sa seule industrie, l'autre associé qui y a mis une chose corporelle, serait réputé n'en avoir transmis que l'usage; parce que cet usage est un équivalent plus exact de l'industrie mise par l'autre associé, que ne le serait la propriété entière. »

du champ, ou du troupeau qui forme la mise de l'autre.

Enfin, quant à l'injustice du résultat que Fachin cherche à faire ressortir; on peut répondre, avec les docteurs (1) dont il combat les argumens, que le sort des associés ne serait pas équitablement réglé, si l'on excluait de la société la propriété des capitaux; car l'un des associés perdrait entièrement son travail et son industrie; tandis que l'autre retrouverait son argent. (2)

Fachin conteste que cette combinaison mérite le reproche qu'on lui adresse; il n'y voit point d'inégalité. « Cela est clair, dit-il; celui qui a fourni son industrie éprouve un dommage, en ce qu'il a travaillé inutilement, qu'il n'a reçu aucun émolument, tandis qu'il en aurait peut-être obtenu s'il eût loué son industrie. Celui qui a apporté son argent éprouve aussi une perte; en ce qu'il l'a apporté inutilement, qu'il n'en a rien retiré, lorsque cependant il en aurait peut-être retiré quelque profit, s'il l'avait employé à d'autres usages. De cette manière, si je ne m'abuse, les droits des associés sont égaux. » (3)

Cette argumentation est vicieuse; elle est fondée sur une comparaison entre choses qui ne sont pas de même nature; elle applique un même pro-

---

(1) Accurse, Bartole, et Covarruvias,

(2) *Si non esset pecunia dividenda, inæqualitas oriretur; alter enim industriam et operam amitteret, qui vero pecuniam posuit, eam haberet salvam.*

(3) *Id patet : nam qui industriam posuit, illud habet incommodi, quod frustrà laboravit et nullum percepit emolumentum; quod tamen fortasse percepisset, si operam suam locasset alibi. Qui vero pecuniam contulit,*

cédé, pour apprécier des objets formés d'élémens différens. La propriété d'une chose corporelle se décompose en jouissance et en nue propriété; la perte de l'une n'emporte pas la perte de l'autre; l'associé qui a engagé son argent, peut perdre les intérêts et retrouver son capital à la fin de la société. Au contraire, si l'action d'un travailleur a été inutile et n'a produit aucun fruit, que lui reste-t-il? Rien. C'est donc une pure subtilité que de dire : l'un perd le prix du louage de son travail, comme l'autre, le prix du louage de ses capitaux; par conséquent les chances sont égales, le sort est le même.

Pour arriver à une solution raisonnable et juridique, il faut poser la question en ces termes: L'industrie de l'un des associés est-elle l'équivalent de l'argent de l'autre en toute propriété, ou n'est-elle que la représentation de la jouissance?

L'importance des capitaux, la nature de l'industrie, une foule de circonstances qu'il est impossible de prévoir, détermineront les juges à adopter l'une de ces deux opinions. Mais on ne doit pas poser comme règle générale d'interprétation des contrats de société, que, lorsque la mise de l'un consiste en industrie, l'argent de l'autre n'est engagé que pour la jouissance. C'est au principe opposé que, dans le doute, il serait convenable de s'atta-

---

illud habet incommodi quod frustrà eam contulit; quod nihil ex eâ lucratus est, cum tamen fortasse lucraturus fuisset, si in alios usus eam erogasset. Quare, nisi ego fallor, omnia hinc inde sunt æqualia jura socio-

cher ; car, on l'a vu, la présomption légale est que les choses qui composent les mises sont apportées à la société, en toute propriété. (1)

Pothier n'a pas suivi l'opinion dominante de son temps ; il exprime, sans paraître croire que la chose soit douteuse, que la mise en argent entre dans la société, comme la mise en industrie, pour la pleine propriété.

Il dit, en effet, que l'associé bailleur de fonds ne peut prélever son capital, qu'autant qu'une clause expresse l'y autorise.

Voici le passage :

« Lorsqu'un marchand contracte avec un artisan une société, à laquelle l'artisan n'apporte que son travail, que je suppose valoir cent écus, et que le marchand apporte une somme de mille écus, soit en argent comptant, soit en marchandises, *à la charge de la prélever au partage de la société*, qui doit durer un an; il ne faut pas, en ce cas, pour supputer ce que chacun a apporté à la société, et fixer en conséquence les parts que chacun des associés devra avoir dans les profits, dire que l'artisan a apporté une somme de cent écus, à laquelle est estimé son travail, et le marchand mille écus; et qu'en conséquence le marchand doit avoir pour sa part dix onzièmes, et l'artisan un onzième seulement : car ce n'est pas la somme de mille écus que le marchand apporte à la société ; il n'en apporte que l'usage pendant l'année que doit durer la société,

(1) Voy. *suprà*, n° 196.

puisqu'il la doit prélever. Il ne faut donc compter pour ce que le marchand est censé avoir apporté à la société que la valeur de l'usage de cette somme, que Pufendorf croit devoir être évaluée à l'intérêt ordinaire de l'argent. Suivant ce principe, le marchand, dans l'espèce proposée, sera censé avoir apporté seulement à la société la somme de cent cinquante livres, et ne devra avoir par conséquent que le tiers dans le profit de la société.

« Il en sera autrement, *si le marchand ne s'est pas réservé de prélever cette somme.* Ayant en ce cas apporté à la société *cette somme et non pas seulement l'usage de cette somme,* il n'est pas douteux qu'il devrait, dans l'espèce proposée, avoir les dix onzièmes, tant dans le fonds que dans les profits de la société, et l'artisan seulement un onzième. » (1)

Lorsque celui qui apporte son industrie y joint quelques capitaux ou d'autres objets matériels, il y a une raison de plus pour penser que la mise en argent de l'autre associé n'est pas conférée à la société pour la jouissance seulement.

205. Sans doute on a singulièrement abusé, surtout dans ces derniers temps, de ce qu'il y a d'arbitraire dans l'appréciation des apports industriels; et souvent les associés, bailleurs de fonds, ont été victimes de fraudes odieuses. Lorsque

(1) Dans le paragraphe suivant, j'examinerai si la doctrine de Pothier, en ce qui touche les réglemens des parts, doit être aujourd'hui suivie; j'ai voulu constater ici seulement que, dans son opinion, le prélèvement de l'apport en deniers n'a pas lieu de plein droit. *V.* Pufendorf, Liv. V, chap. VIII, § II.

ceux-ci fournissaient des capitaux, des valeurs réelles, les autres n'apportaient qu'une découverte insignifiante, un procédé sans utilité, une combinaison sans effet et quelquefois ruineuse, une activité improductive. Il est vrai que, si les mises en argent n'entraient dans la société que pour la jouissance, ceux qui les auraient fournies ne seraient pas exposés à voir l'associé porteur d'une prétendue industrie prendre comme eux sa part dans le fonds social, au moment de la liquidation ; ils préleveraient du moins tout ce qui aurait échappé au désastre. Mais aussi, lorsqu'une véritable industrie aura fécondé les capitaux mis en commun, leur aura fait produire des dividendes considérables ; lorsque le travail d'un associé aura décuplé les valeurs appartenant aux autres; lorsqu'il sera certain qu'il y a eu un apport en intelligence, infiniment supérieur à l'apport en objets matériels ; ne serait-il pas souverainement injuste que l'associé, à qui la société devrait sa fortune, fût plus mal traité que les autres, et qu'il n'eût point des droits égaux aux leurs !

D'ailleurs, l'apport en industrie, n'est pas le seul dont l'appréciation puisse donner lieu à des erreurs ou à des fraudes. Il y a beaucoup d'objets matériels et notamment les mines, dont il est à-peu-près impossible de déterminer le véritable prix. « On pourrait citer, dit M. Vincens (1), des exemples malheureuse-

---

(1) *Des Sociétés par actions*, p. 47.

ment notables, de mécomptes énormes. Une société n'a pu se former, parce que l'estimation d'un apport n'a pas décidé s'il valait 300,000 fr. ou 1,200,000 fr. Mais d'autres sociétés se sont réalisées, et au premier revers les objets évalués sur les expertises les plus régulières, se sont trouvés sans valeur. » Faudrait-il donc décider également que lorsque des objets matériels, difficilement appréciables, composeraient l'apport d'un associé, les capitaux qui formeraient la mise de l'autre n'entreraient dans la société que pour la jouissance, et qu'à l'époque de la liquidation ils seraient prélevés sur la masse? Il n'est pas possible d'introduire ainsi dans le sort des différens associés des inégalités, qui, justes en quelques occasions, seraient souverainement iniques dans d'autres.

Je sortirais des limites dans lesquelles je dois rester, si je m'occupais ici d'apprécier les divers systèmes qui ont été proposés, pour prévenir ou réprimer, les fraudes. Je dirai seulement que, dans la plupart et surtout dans le projet de loi présenté récemment aux chambres, on a sacrifié bien légèrement à la crainte du dol, les ingénieux procédés qui seuls peuvent créer de grandes masses de capitaux et les livrer à l'activité commerciale.

206. Dans beaucoup de sociétés on stipule que les associés prélèveront l'intérêt de leur mise à cinq ou six pour cent, avant tout partage de bénéfices. Cette clause a été considérée comme exprimant l'intention de ne pas conférer à la société la pleine propriété des capitaux qu'on y apporte.

Il semble, en effet, évident que celui qui se réserve la jouissance de son argent, à plus forte raison, ne veut pas aliéner la propriété; et qu'ainsi son apport se borne à la partie de la jouissance qui excède l'intérêt stipulé.

Cette opinion qui séduit au premier abord et qu'une raison simple et péremptoire semble justifier, n'est pas cependant celle qu'il faut adopter.

On vient de voir que la volonté de réduire à la jouissance les apports, ne se présume point; qu'en l'absence de toute stipulation, il y a lieu d'admettre la présomption opposée. C'est donc la clause, stipulant le prélèvement de l'intérêt, qui seule intervertirait l'ordre naturel des choses, qui substituerait aux effets ordinaires de la mise en société, des conséquences anormales, qui ferait prévaloir l'exception sur le principe. Que produit-elle cependant, cette clause ? Elle attribue aux associés bailleurs de fonds, un avantage; elle leur accorde, dans les bénéfices produits par leurs capitaux, qu'a fécondés l'industrie de leur associé, une part plus grande qu'à celui-ci. Faut-il à cette première faveur, fondée sur la supposition que la mise en argent vaut plus que la mise en travail, en ajouter une autre, en autorisant le prélèvement des capitaux ? Je ne crois pas que ce soit juste et légal. L'inégalité dans la valeur des apports est compensée par l'inégalité des parts dans les bénéfices. Si les contractans n'avaient pas cru que la compensation fût suffisamment établie par ce moyen, ils étaient libres d'en prendre un autre. Ils ne l'ont pas fait; on ne doit pas suppléer à leur silence, pour étendre au-

delà des limites qu'ils ont eux-mêmes posées, la dérogation au droit commun.

Qu'arriverait-il, d'ailleurs, en admettant la faculté du prélèvement des capitaux, si, pendant toute la durée de la société, les bénéfices suffisaient seulement au paiement des intérêts ? Les associés qui auraient mis leur argent ne perdraient rien, ils retireraient leur mise entière, principal et jouissance ; l'industriel, au contraire, perdrait tout ; il aurait travaillé sans aucun fruit. Serait-ce bien là l'égalité qui doit subsister entre associés ?

207. Si l'on s'isole des faits dont chaque jour nous sommes témoins ; si l'on maîtrise les impressions pénibles, produites par l'audace et l'impudeur de certaines spéculations ; si l'on examine avec le sang froid convenable, cette question et toutes celles qui s'y rattachent ; on reconnaîtra que le travail et l'intelligence sont souvent des apports aussi utiles, aussi productifs que les objets matériels ; qu'il faut tenir avec Bouteiller, dont j'ai déjà cité les paroles, *qu'en ce cas autant est prisé le sens et la peine que l'argent* ; qu'on ne doit pas abandonner les véritables principes du droit, les saines théories économiques, parce que l'habileté de quelques fripons, merveilleusement secondée par l'avidité de leurs dupes, en aurait tiré de funestes conséquences. C'est aux tribunaux à prévenir, ou du moins à réprimer les abus, en déclarant nuls les actes qu'aura infectés la fraude, en punissant même d'amende et de prison ceux qui en seraient les artisans. Si le Code

pénal n'est pas assez explicite et assez sévère, qu'on rende ses définitions plus élastiques et ses peines plus dures. Le mal passager dont nous sommes travaillés ne résistera pas à l'application intelligente de ces moyens, et les doctrines seront sauves.

Il ne faut pas s'étonner, au surplus, si les jurisconsultes ont paru jusqu'ici peu disposés à accorder à l'associé qui apporte son industrie, autant d'avantages qu'à celui qui fournit son argent. Ils ont écrit à une époque, où les détenteurs des capitaux avaient la préférence sur les travailleurs. Aujourd'hui, nous sommes sous l'influence d'idées différentes; le capital et le travail sont mis sur la même ligne; peut-être même cette égalité n'est-elle qu'un état transitoire, et y a-t-il tendance à intervertir absolument les positions.

208. Toutefois, si en même temps que le capitaliste s'est réservé le droit de prélever l'intérêt de ses fonds, l'industriel a stipulé qu'un salaire lui sera payé pour son travail; on doit alors, je crois, regarder comme constante l'intention de ne pas mettre dans la société la propriété des capitaux. Les associés ont loué à la société, l'un son travail, l'autre son argent; ils ne les ont donc pas aliénés; ils n'ont mis en commun que la jouissance de leurs apports, et seulement pour la partie qui excède leur valeur locative.

209. Ce qui vient d'être dit n'empêche pas de reconnaître qu'en quelques circonstances, l'apport en industrie et l'apport en valeurs maté-

rielles présentent des différences remarquables.

Quoique les capitaux, ou autres objets formant l'une des mises, soient entrés en toute propriété dans la société; néanmoins, ils ne devront pas se partager entre l'associé qui les aura fournis et celui qui aura promis son industrie; si celui-ci, même par suite d'un évènement de force majeure, n'a pas effectivement apporté son travail pendant tout le temps qui aurait été stipulé, ou qui était nécessaire pour achever l'ouvrage ou l'entreprise, objet de la société.

Supposons qu'entre deux personnes il ait été convenu que l'une versera une somme d'argent pour acheter du bois ou d'autres matières premières ; que l'autre exercera son industrie et confectionnera des meubles, des tonneaux ou autres choses semblables. Si la société est dissoute par un motif quelconque, avant que l'industrie se soit exercée et que les objets aient été confectionnés, ou du moins lorsque le travail n'a été exécuté qu'en partie; l'associé industriel n'aura, dans le premier cas, aucun droit sur l'argent ou sur les matériaux bruts qui auront été achetés; dans le second cas, il ne pourra y prendre part que proportionnellement au travail qu'il aura fait. Le fonds social ne doit se partager qu'entre les associés qui ont concouru à sa formation par la délivrance de leur mise. Or, il est évident que, de la part de celui qui a promis d'apporter son travail à la société, la délivrance s'opère successivement et qu'elle n'est complète que lorsqu'elle a duré pendant toute la période fixée par la convention, ou

lorsque la fabrication qui devait avoir lieu est terminée. (1)

210. Les associés qui promettent leur industrie contractent une obligation, dont l'article 1847 détermine l'étendue et les effets, en disant qu'ils doivent compte de tous les gains qu'ils ont faits par l'espèce d'industrie, qui est l'objet de cette société.

211. Il y a plus d'une observation à faire sur cette disposition.

Elle ne désigne pas avec assez d'exactitude l'espèce d'industrie, dont les produits doivent appartenir exclusivement à la société.

Elle ne montre pas en termes assez généraux les effets de l'obligation de l'associé, dont l'apport consiste en industrie.

Enfin, il y a quelques exceptions au principe qu'elle pose; elle ne les indique point, ne les fait pas même pressentir.

Lorsqu'une espèce d'industrie est l'objet de la société, l'associé qui l'exerce ne peut rien conserver des bénéfices qu'elle produit; mais cela est également vrai de toute autre industrie qui, sans être précisément l'objet de la société, concourt cependant au but pour lequel on l'a constituée. Ainsi, dans une association formée pour la confection de machines ou de tissus; l'un des associés peut être chargé de la tenue des registres, et il doit exécuter son obligation avec tout le soin et toute l'activité dont il est capable, quoique son travail n'ait point

(1) M. Duranton, tome XVII, n° 408.

pour effet immédiat la production qui est l'objet de la société.

Cet exemple montre, d'ailleurs, qu'il est certaines industries qui ne créent point par elles-mêmes des bénéfices, qui ne sont que les auxiliaires des travaux véritablement productifs. Pour ceux-ci, l'obligation de l'associé est assez exactement indiquée par la disposition qui l'oblige à rendre compte de tous les gains qu'il fait; pour les autres, la règle est insuffisante. Attribuer à la société les gains nés d'un travail qui n'en produit pas, du moins d'une manière distincte et appréciable, et faire de cette attribution la mesure des devoirs des associés ; c'est évidemment laisser ces devoirs dans l'incertitude. Aussi les jurisconsultes ont-ils recours à des formules autres que celles qu'a employées le législateur. Selon M. Pardessus, lorsque la mise consiste dans l'industrie ou le travail, l'associé doit être considéré comme ayant contracté un louage de services (1). Cette manière de déterminer les obligations de l'associé est indépendante des résultats que peut produire son industrie; elle est fondée sur la nature même de son engagement; elle est certainement préférable à la disposition de l'article 1847.

212. L'on a toujours entendu, et la rédaction du Code confirmerait au besoin cette doctrine, que les associés sont libres d'exercer, dans leur in-

(1) Cours de Droit commercial, tome IV, n° 989.

térêt personnel et exclusif, toute industrie autre que celle qui constitue leur apport.

Cependant, si en exerçant cette autre industrie, en lui consacrant leur temps et leurs soins, ils négligeaient le travail qu'ils doivent faire pour la société, ils seraient responsables envers elle des gains, dont elle serait privée et sur lesquels elle avait dû raisonnablement compter.

213. D'un autre côté, si l'industrie que l'associé a promise à ses co-associés peut, sans leur nuire, sans leur enlever aucun bénéfice, être exercée par lui dans son intérêt particulier, on ne doit pas le lui interdire.

M. Pardessus cite deux exemples dans lesquels la société n'a pas le droit de se plaindre, bien que l'associé, pour son avantage personnel, exécute les travaux et fasse les opérations qu'il a promis d'exécuter et de faire pour le compte de la société. Le premier cas est celui, où un associé qui s'est engagé à tenir les livres se charge du même soin pour d'autres et gagne quelque chose par ce travail, aux heures que l'usage consacre au repos; sans que la rédaction des registres de la société en souffre. Dans l'autre hypothèse, il est question de personnes qui seraient associées pour assurer un ou plusieurs navires déterminés, et qui, en dehors des opérations, objet spécial de l'association, feraient pour leur compte personnel d'autres opérations de même nature. (1)

214. En résumé, on peut dire que l'associé doit

(1) Cours de Droit commercial, tome IV, n° 989.

consacrer à la société tout le temps et toute l'activité qu'exige le développement de l'industrie qu'il a promise comme apport social; que, ce devoir accompli, il est libre de consacrer à d'autres industries le temps et les soins qui sont inutiles à la société; qu'enfin, et dans quelques cas rares, il lui est permis d'exécuter, dans son intérêt personnel, des travaux et des opérations de même nature que ceux qu'il s'est chargé d'exécuter dans l'intérêt commun; pourvu que cela ne diminue en rien les avantages et les bénéfices que ses co-associés ont dû attendre de sa collaboration.

215. On a vu par ce qui précède que, lorsqu'un associé a fourni sa mise, la perte des objets qui la composent tombe tantôt sur la société, tantôt sur l'associé. Même dans ce dernier cas, celui-ci n'est point tenu de remplacer les choses qui ont péri. Son obligation a été remplie; on ne peut exiger qu'il l'exécute une seconde fois, à moins que cela ne lui soit imposé par la convention.

216. M. Pardessus, après avoir énoncé cette vérité incontestable, fait remarquer que, « de même, en principe général, des associés n'ont pas le droit de contraindre les autres à fournir au-delà de ce à quoi ils se sont engagés. »

Il ajoute : « Si néanmoins, faute d'un supplément de contingent, on ne pouvait atteindre au but commun, la majorité des voix devrait décider s'il y a lieu de dissoudre la société, ou de la continuer, en faisant fournir par chacun un supplément de fonds; et les refusans pourraient être contraints à se retirer de la société avant le temps fixé par le

contrat pour sa dissolution. Mais si le besoin ou la demande de nouveaux contingens n'avait pour objet que de donner plus d'extension aux affaires de la société, extension qui ne serait pas elle-même la conséquence d'opérations antérieurement délibérées, la majorité n'aurait pas le droit de décider une augmentation de mise, ou du moins, un associé ne pourrait être exclu, s'il refusait de la fournir malgré la délibération. Au reste, il est rare que ces cas ne soient pas prévus soit par l'acte de société, soit par des conventions ou délibérations additionnelles. Les circonstances et l'équité doivent servir de guide. »

Il serait desirable que ces règles si sages fussent établies par la loi; malheureusement, je l'ai déjà fait remarquer dès les premières pages de ce livre, la prévoyance n'a pas été jusque-là. En l'absence de stipulations particulières, chaque associé a, dans son droit individuel, une force égale à la force collective de tous ses co-associés; le *veto* d'un seul, comme autrefois dans la diète de Pologne, suffit pour empêcher toute délibération; en un mot, il n'y a point de majorité, si nombreuse qu'elle soit, qui puisse commander à la minorité.

Quand deux personnes ont contracté, l'une d'elles n'a pas le droit de modifier la convention par sa seule volonté; elle démontrerait en vain que les changemens qu'elle propose sont avantageux à l'autre partie; celle-ci serait maîtresse de refuser les combinaisons proposées; et les tribunaux n'auraient pas le pouvoir de la contraindre à les accepter; car il est écrit dans l'art 1134, Cod. civ.

que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, et qu'elles ne peuvent être révoquées que de *leur consentement mutuel.* Ces principes conservent toute leur puissance en matière de société, et quel que soit d'ailleurs le nombre des contractans. Un seul d'entre eux peut résister à cent, comme à un.

Il faut donc reconnaître qu'on accorde à la majorité des associés un pouvoir qu'elle n'a point, lorsqu'on lui attribue le droit de décider, s'il convient de dissoudre la société, ou de la continuer en fournissant des supplémens d'apports, et de contraindre les refusans à se retirer.

La seule ressource des associés qui pensent que ce qui reste du fonds social est insuffisant pour exécuter les opérations auxquelles il était destiné, c'est de demander en justice la dissolution de la société, fondée sur l'extinction de la chose. Les tribunaux pourront, selon les circonstances, accueillir cette demande, quoique la perte ne soit pas totale; car, ainsi qu'on le dira ci-après chapitre IV, pour que la société soit dissoute, il n'est pas nécessaire que le fonds social ait péri en entier; il suffit qu'avec ce qui en reste, il soit impossible d'atteindre le but que l'on s'est proposé.

On voit en quoi mon opinion diffère de celle de M. Pardessus. Il fait décider par la majorité ce que je soumets aux tribunaux; il croit que la dissolution peut être prononcée contre des associés qui refusent de fournir un supplément qu'il serait sage et convenable de donner dans l'intérêt de tous; du moins c'est là ce qui me pa-

raît résulter des expressions qu'il emploie : je pense, au contraire, que la société ne peut être dissoute qu'autant que la diminution du fonds social équivaut à une extinction.

Il est vraisemblable que la doctrine que j'adopte trouvera moins de sympathie chez les hommes de pratique et peut-être même chez quelques magistrats, que celle du savant auteur du *Cours de droit commercial.* En général, il paraîtra bien dur de sacrifier l'intérêt évident d'un grand nombre d'associés à l'entêtement aveugle d'un seul. Mais quand des principes sont incontestables, il faut se soumettre à leurs conséquences. D'ailleurs, en laissant les tribunaux juges de la question de dissolution, on ne met pas tous les associés à la discrétion de l'un d'eux. Ou la minorité qui résiste au vœu de la majorité parviendra à établir que la société peut, avec les élémens qu'elle possède, obtenir tout ou partie des résultats qu'on a eu en vue, lorsqu'on l'a formée ; et dans ce cas, l'espérance ou même la certitude d'obtenir de plus grands avantages, en accroissant les mises, n'est pas un motif suffisant pour contraindre les associés à fournir un supplément d'apports. Si, au contraire, la majorité démontre que les choses sont dans un état tel, que la société ne peut plus subsister, qu'elle ne saurait dorénavant produire aucun bénéfice ; alors la dissolution sera prononcée, et les résistances déraisonnables seront vaincues.

Par ce moyen tout est concilié ; les principes sont maintenus, sans que leur application ait de conséquences fâcheuses.

217. En parlant des apports sociaux et de la perte des choses qui les composent, il a été dit quelques mots de l'influence que cette perte exerce sur l'existence de la société; on a vu que quelquefois elle met fin aux rapports des associés. C'est dans le chapitre IV que seront présentées avec les développemens convenables, les explications sur cette cause particulière de dissolution.

218. Il arrive souvent qu'un associé, outre sa mise sociale, fait des avances à la société; quelquefois même le contrat constitutif lui en impose l'obligation. Les sommes ainsi fournies par lui, à titre de prêt ou d'avances, le rendent créancier de la société, comme le serait un tiers. Il a donc, de ce chef, des droits tout différens de ceux qui lui appartiennent comme associé. On doit par conséquent s'attacher avec soin à prévenir, par des stipulations bien claires, la confusion entre les versemens faits comme mise sociale, et ceux qui ont le caractère de prêt (1). Le double droit de l'associé est fort nettement indiqué par ces paroles de M. Gillet au Corps législatif : « La société doit à l'associé les sommes qu'il a déboursées pour elle, et elle lui doit de plus un juste partage des bénéfices et des pertes. » (2)

---

(1) Cod. civ. art. 1852. *Voy.* M. Pardessus, tome IV, n° 993.
(2) M. Locré, tome XIV, pag. 552.

§ III.

Des parts.

SOMMAIRE.

219. *Les dispositions de la loi sur la fixation des parts s'effacent devant les conventions des parties. Toutefois il est certaines limites apposées à la liberté des contractans.*
220. *Sens des mots* bénéfices *et* pertes. *Renvoi.*
221. *En principe, les parts ne doivent être délivrées qu'à la fin de la société.*
222. *La convention, l'usage, ou la nature des objets mis en société, peuvent faire modifier la règle. Exemple.*
223. *Résumé.*
224. *Dans le silence de la convention, les parts doivent être proportionnées aux mises.*
225. *Elles ne sont point égales, alors même que les mises ne consistent pas en argent et n'ont pas été estimées par les associés.*
226. *La part de l'associé qui n'apporte que son industrie doit être égale à celle de l'associé qui a le moins apporté.*
227. *Raisons sur lesquelles est fondée cette règle.*
228. *Elle s'applique aux sociétés universelles comme aux sociétés particulières. Réfutation de Vinnius et de M. Duranton.*
229. *Circonstances qui peuvent influer sur l'estimation des mises sociales.*
230. *Lorsque c'est la jouissance seule des choses qui est mise en société, on ne doit point faire entrer comme élément dans l'évaluation de la mise, les risques auxquels elles sont exposées.*

278. *Les parts dans les bénéfices ou dans les pertes sont aussi les parts dans le fonds social.*

219. Lorsque la convention ne détermine point la part de chaque associé dans les bénéfices ou dans les pertes, la loi supplée à son silence et pose les bases, d'après lesquelles la répartition doit se faire entre les contractans. Lorsque, au contraire, la volonté de ceux-ci a été exprimée, elle doit s'exécuter; celle du législateur perd son pouvoir, ou du moins, elle n'intervient que pour placer certaines bornes qu'il n'est pas permis aux parties de franchir.

Il faut donc d'abord exposer les règles d'après lesquelles se partagent les bénéfices et les pertes, lorsque la convention est muette; et en second lieu, tracer le cercle dans lequel est circonscrite la liberté laissée aux contractans.

220. Mais il importe avant tout, de bien indiquer ce qu'on doit entendre par ces expressions *bénéfices* et *pertes*.

Déjà il a été expliqué, au chapitre Ier (1), que les bénéfices consistent dans l'excédant que présente l'actif de la société, au moment de la liquidation, sur l'actif, à l'époque de la constitution, et que le déficit constitue la perte; que, d'ailleurs, pour savoir s'il y a bénéfice ou perte, il faut établir la compensation entre les résultats des opérations heureuses et les suites des affaires mauvaises de la société.

C'est ici le lieu de développer ces principes et de montrer quelle en doit être l'application.

---

(1) *Suprà*, nos 15 et 16.

M. Pardessus indique avec autant d'exactitude que de précision les élémens constitutifs de la perte et du bénéfice.

« On considère, dit-il, comme profits de la société, tout ce qui reste à sa disposition, déduction faite des dettes communes, des frais de gestion et d'administration, des capitaux qui en constituent le fonds, soit d'après la convention des parties, soit d'après la nature des opérations qu'elle embrasse, quand même ces capitaux excéderaient la mise des associés, et se composeraient des gains faits depuis sa formation, qu'ils y auraient ajoutés. Au contraire, lorsque les dettes, les frais de gestion et autres semblables ne sont pas balancés par les choses communes et les bénéfices que leur emploi a pu procurer, on dit qu'il y a perte. En évaluant les profits et les pertes, il faut faire entrer en compte la diminution de valeur et la détérioration progressive que reçoivent par l'usage, les instrumens, les ustensiles et les autres effets dont la société se sert pour l'exercice de ses opérations, ainsi que la dépréciation que des marchandises appartenant à la société peuvent avoir éprouvée par suite de la variation du cours; par la raison que l'exhaussement de leur valeur serait aussi pris en considération pour la détermination des bénéfices. » (1)

Ainsi, c'est en considérant l'ensemble des opérations qui ont lieu pendant toute la durée de la société; c'est en s'attachant à leur résultat général

(1) Cours de Droit commercial, t. IV, n° 999.

et définitif, qu'on peut fixer le chiffre du profit ou de la perte et assigner la part de chaque associé dans l'un ou dans l'autre.

221. Toutefois, nous voyons que, dans beaucoup de sociétés on procède, plusieurs fois pendant leur durée et à des époques assez rapprochées à un inventaire, et que l'on fait même des distributions de dividendes. Cet usage ne s'allie point sans difficulté avec les règles du droit; et s'il présente certains avantages, il a aussi des inconvéniens qu'il importe de signaler.

D'abord, on ne doit pas confondre l'état de situation que dresse une société, à la fin de chaque année ou tous les semestres, avec un partage effectif des bénéfices. Faire un inventaire exact des valeurs sociales, se rendre compte de sa position, est une mesure d'ordre, dont la sagesse et l'utilité sont incontestables, et qui n'implique point la nécessité de distribuer à chaque associé sa portion dans les bénéfices, ou de réclamer de chacun sa contribution aux pertes. L'article 9 du Code de commerce prescrit aux négocians de dresser tous les ans un inventaire de leurs effets mobiliers et immobiliers, de leurs dettes actives et passives, et de le copier année par année sur un registre spécial. M. Pardessus fait très bien remarquer que les membres des sociétés de commerce, soumis à cette disposition, ne sont pas, pour cela, tenus de partager les bénéfices qu'ils peuvent avoir faits. Il est assez d'usage, dit-il (1), que ces profits restent,

(1) Cours de Droit commercial, t. IV, n° 1000.

pour augmenter les capitaux actifs, et les créanciers d'un associé ne pourraient s'y opposer, sous prétexte d'exercer les droits que nous leur avons reconnus n° 975. C'est pour cette raison que, dans les actes de société, on convient pour l'ordinaire, que chaque associé prendra par an telle somme pour sa nourriture et l'entretien de sa famille, que nul des associés ne pourra disposer d'une plus grande, si ce n'est en compte courant, et par conséquent, comme emprunteur, obligé de plein droit à en payer les intérêts, tous les profits ne devant, dans ce cas, être partagés qu'à la fin de la société. » (1)

On comprend que cela est vrai, à plus forte raison, des sociétés civiles qui ne sont point régies par la disposition de l'article 9 du Code de commerce; et qu'ainsi, l'inventaire périodique, alors même que le contrat en ferait une obligation expresse, n'aurait pas pour conséquence nécessaire le partage des bénéfices.

Si d'ailleurs, on considère cette distribution annuelle des profits, en elle-même et dans ses effets, on acquiert la conviction qu'elle est souvent une

---

(1) On trouve la même opinion dans Straccha. Il s'exprime ainsi : *Postremò in omnem casum clarum est cognosci non posse : an societas damnum lucrumve sentiret, nisi finitâ eâ fiant computa et calculi. At calculi faciendi sunt super rationibus edendis et offerendis per eum qui administravit. Decisiones Rotæ Genuæ. Dec.* 173, *n°* 16. Toubeau tient le même langage : « Dans les sociétés, dit-il, le gain est tellement commun que non plus que le fonds, il ne doit point se partager, qu'à la fin de la société, du consentement de tous les associés, quoique Barthole en ait douté ; Straccha et plusieurs avec lui l'ayant ainsi résolu : » Inst. du Droit consulaire, liv. II, tit. III, chap. I.

injustice, à l'égard de quelques-uns des associés; quelquefois, une cause de préjudice pour la société tout entière.

Lorsque chaque associé doit prendre dans les bénéfices autant qu'il est obligé de supporter dans les pertes, on obtient le même résultat (du moins quant au chiffre), soit qu'on fasse un partage unique et général à la fin de la société, soit qu'on procède à des partages partiels et périodiques, à l'expiration de chaque année ou de chaque semestre. Mais, lorsque la part dans les bénéfices diffère de la part dans les pertes, il y a un grand intérêt à savoir comment et quand auront lieu les répartitions; car le chiffre ne sera pas le même, selon le mode et l'époque qu'on choisira.

Je suppose qu'une société formée entre deux associés, pour quatre ans, ait donné 20,000 francs de bénéfices, la première année; 10,000 francs de pertes, la seconde; 15,000 francs de bénéfices, la troisième; et enfin, 9,000 francs de pertes, la quatrième.

Si l'un des associés a le quart des bénéfices et des pertes, et l'autre, les trois quarts; soit qu'on fasse un calcul général et définitif comprenant les quatre années, soit qu'on procède à la distribution, à la fin de chacune, on trouve toujours que le premier associé aura 4,000 francs de bénéfices, et le second 12,000 francs.

Si, au contraire, la convention donne au premier le quart des bénéfices et l'oblige à supporter le tiers des pertes, tandis qu'elle accorde au second les trois quarts des profits, en met-

tant les deux tiers des pertes à sa charge; les deux systèmes ne conduisent plus à des résultats identiques. Dans l'un, c'est-à-dire, en faisant un partage à la fin de chaque année, le premier associé recevrait en somme seulement 2,416 fr. 67 c. ; au lieu de 4,000 qui lui seraient attribués, si l'on formait une masse totale des bénéfices, pendant toute la durée de la société, une masse totale des pertes; qu'on déduisît l'une de l'autre, et qu'on calculât les lots sur le résidu.

Cette différence montre la nécessité d'opter entre les deux procédés. On serait porté à penser, avec les auteurs que j'ai déjà cités, qu'on doit préférer celui qui consiste à faire une répartition unique à la fin de la société. En effet, il est universellement reconnu que le partage des bénéfices et des pertes ne doit pas avoir lieu après chaque opération de la société; tout le monde avoue qu'il faut compenser les mauvais résultats des unes avec les suites heureuses des autres (1). On le décide ainsi, parce qu'il est évident qu'en parlant des bénéfices et des pertes, les associés ont eu en vue non l'issue particulière de chaque affaire; mais le produit général de toute l'entreprise qui forme l'objet de la société. On sent d'ailleurs combien cela est équitable dans la dernière hypothèse sur laquelle j'ai raisonné; combien il y aurait d'injustice et de déraison à faire supporter à l'un des associés le tiers de toutes les mauvaises chances,

(1) V. *suprà*, n° 15.

en lui donnant seulement le quart dans les bonnes spéculations. Les mêmes motifs s'opposent au partage périodique par année. Le réglement annuel embrasse, il est vrai, plusieurs opérations; par conséquent, il est un peu moins injuste que celui qui aurait lieu pour chaque opération en particulier; mais il a pour point de départ le même principe : seulement, il en tire des conséquences moins funestes; il fait pour quelques actes compris dans une certaine période, ce qu'il n'est pas permis de faire pour chaque acte pris isolément.

Il paraît donc incontestable qu'en principe, la part de chacun, dans les bénéfices et dans les pertes, ne doit être calculée qu'au moment où la société finit; parce que c'est alors seulement, qu'il est possible d'embrasser toutes les opérations et d'établir entre leurs résultats une équitable compensation. Cela est plus particulièrement vrai, dans le cas où chaque associé n'a pas dans les bénéfices une part égale à celle qu'il supporte dans les pertes. On pourrait même penser, d'après les calculs qui ont été précédemment établis, que c'est dans ce cas seulement, que la règle est applicable et offre quelque utilité; puisque, dans toute autre hypothèse, le chiffre des parts sociales est le même, soit qu'on calcule par année, soit qu'on procède sur la durée entière de la société.

Je reconnais que, selon les stipulations que renferme le contrat, la règle présente plus ou moins d'intérêt. Mais elle ne cesse jamais d'avoir une influence appréciable sur le sort des associés; elle produit des effets qui ne peuvent leur être indiffé-

rens, alors même que chacun doit concourir aux pertes, pour autant qu'il participe aux bénéfices.

Lorsque la première année d'une société présente des bénéfices, il est très important de savoir s'ils seront distribués aux associés, ou s'ils seront ajoutés au capital social, pour l'accroître. L'un des associés, plus desireux de réaliser ses profits que d'étendre ses spéculations, demandera que le partage ait lieu; l'autre, plus avide, ou si l'on veut, comprenant mieux le but de l'association et les moyens d'y parvenir, soutiendra, au contraire, que les profits doivent être laissés dans la caisse sociale. Le principe que j'ai posé terminera entre eux le débat, de la manière la plus conforme à l'équité et à la nature du contrat de société.

222. Cependant, les parties contractantes sont libres d'exprimer leur volonté à cet égard; et si elles stipulent formellement que les bénéfices se partageront à la fin de chaque année, certainement cette convention devra être exécutée.

Il suffit même que l'ensemble de l'acte, les circonstances, et surtout la nature des choses qui sont l'objet de la société, indiquent que telle a été l'intention des associés.

Ainsi, en matière commerciale, s'il n'a pas été stipulé que chaque associé prendra par an une somme pour subvenir à ses dépenses et à celles de sa famille, on est obligé de supposer que les contractans ont voulu que les bénéfices se partageassent annuellement. (1)

(1) M. Pardessus, Cours de Droit commercial, tome IV, n° 1000.

Également dans les sociétés civiles, qui ont pour objet des choses dont les fruits sont annuels, il est raisonnable de penser que les associés ont entendu se distribuer les produits aux époques où ils sont recueillis.

223. Ainsi, en faisant abstraction des stipulations expresses et des intentions présumées, en s'attachant uniquement aux principes; c'est à la fin de la société seulement que doivent se partager les bénéfices. Mais la volonté formellement exprimée par les contractans, la nature des choses formant le fonds social, le caractère et la durée de la société feront souvent fléchir cette règle.

Il faudra toutefois de puissantes raisons pour s'en écarter, lorsque la part assignée à chaque associé dans les bénéfices sera inférieure ou supérieure à celle qu'il devra supporter dans les pertes; car, je l'ai démontré, le partage unique et les partages périodiquement répétés ont alors des résultats fort différens. Le partage unique devra aussi être maintenu, lorsque l'acte de société autorisera les associés à faire chaque année pour leurs besoins des prélèvemens déterminés. Cette clause implique contradiction avec la pensée de partages annuels. (1)

224. J'ai montré dans le chapitre Ier que, la participation aux bénéfices étant pour chaque associé l'équivalent des choses qu'il met dans la so-

(1) M. Pardessus, *loc. cit.* et *suprà*, n° 222.

ciété, les parts dans les bénéfices doivent être entre elles dans le même rapport, que les mises sociales. (1)

Le texte des lois romaines ne présente pas ce principe avec toute la netteté et toute la précision desirables. Il y est dit que, si la convention ne s'explique pas sur les droits des associés, leurs parts sont égales. *Et quidem si nihil de partibus lucri et damni nominatim convenerit, æquales scilicet partes et in lucro et in damno spectantur* (2). Les commentateurs ont été divisés sur le sens de ce passage; les uns s'attachant à sa lettre et se fondant sur quelques lois du Digeste, ont soutenu qu'il établissait l'égalité absolue (3); les autres ont pensé qu'il indiquait une égalité relative et proportionnelle aux mises. (4)

Il semble difficile de trouver une opinion mixte entre ces deux systèmes; cependant Pothier n'adopte ni l'un ni l'autre. Il distingue entre le cas où la valeur des mises est nettement déterminée, et celui où leur appréciation est susceptible de doute. Pour la première hypothèse, il admet l'égalité proportionnelle, et pour la seconde l'égalité absolue.

---

(1) V. *suprà*, n° 12.

(2) *Instit. lib.* III, *tit.* XXVI, § 1.

(3) Connanus, *lib.* 7, *comm.* 13. Tuldenus, *comm. hic cap.* 5. Warnkœnig. *El. jur. rom.*, n° 434. M. Ducaurroy, tome III, n° 1060.

(4) Accurse *ad leg.* 29. *ff. pro socio.* Ranchin, *part.* 5, *concl*, 40; Noodt *in Pand.* t. 2, p. 380. Vinnius, *ad Inst. lib.* III, *tit.* XXVI, § 1; Godef. *ad leg.* 29. *ff. pro socio. Voy.* au surplus les explications de M. Toullier, tome XIII, n°s 411 et 412.

« Lorsque, dit-il (1), la valeur de ce que chacun des associés apporte à la société est apparente, comme lorsque cet apport consiste en argent ou en effets auxquels on a donné une estimation, il n'est pas nécessaire de s'expliquer, par le contrat de société, sur les parts que chacun devra avoir dans les gains et les pertes, *chacun devant y avoir dans ce cas la même part que celle dont il a contribué à la société.* »

Il ajoute ensuite : « Quoiqu'on n'ait pas donné une estimation certaine à ce que chacun a apporté à la société, il n'est pas encore nécessaire que les parties s'expliquent sur les parts qu'elles auront chacune, lorsque leur intention est de partager la société par portions égales; car c'est ce partage par portions égales qui a lieu en ce cas, lorsque les parties ne s'en sont pas expliquées : *si partes societati non fuerint adjectæ, æquas esse constat,* *L.* 29. *ff. pro socio.* »

Le Code civil a mis fin à la controverse. Il n'a point adopté la distinction de Pothier; il décide, en termes généraux et formels, que, lorsque l'acte de société ne détermine point la part de chaque associé dans les bénéfices ou pertes, la part de chacun est en proportion de sa mise dans le fonds de la société. (2)

Il sera très facile d'établir le rapport entre les parts, lorsque, les mises consistant en argent ou

(1) De la Société, n° 73.
(2) Cod. civ., art. 1853.

en effets estimés; le rapport des mises sera lui-même clairement manifesté.

Il y aura, au contraire, quelque difficulté, lorsque les objets formant les apports n'auront point une valeur déterminée par leur nature propre, et n'auront point reçu d'évaluation dans le contrat. Mais une estimation faite à l'amiable, ou par experts, suffira pour donner les moyens d'appliquer le principe d'égalité proportionnelle que consacre l'article 1853.

225. Ainsi, à mon avis, M. Duranton se trompe, lorsque, reproduisant le système de Pothier, il enseigne que, sous l'empire du Code, les parts des associés doivent être égales, toutes les fois que les mises ne sont pas estimées (1). C'est évidemment sacrifier la règle aux difficultés de l'application. Cela me paraît d'autant moins possible, que le texte est parfaitement clair; que le principe qu'il exprime est puisé dans la nature même du contrat de société; car il n'y a rien de plus équitable et de plus logique que de proportionner le bénéfice à la mise et la perte au bénéfice; qu'enfin les difficultés d'une estimation ne doivent pas être exagérées, puis qu'en recourant, s'il le faut, à des expertises ou à d'autres moyens analogues, les magistrats parviendront toujours à déterminer ce que vaut l'apport de chaque associé.

226. Il n'y a qu'une espèce de mise, dont l'estimation présentait trop des chances d'injustice ou

(1) Tome XVII, n° 426.

d'erreur, pour qu'on l'abandonnât aux tribunaux; c'est celle qui consiste en industrie. Mais le législateur n'a pas voulu que, même lorsqu'il s'agit d'apports en industrie, l'égalité absolue remplaçât l'égalité proportionnelle; et pour rendre l'application de celle-ci possible, il fait lui-même l'estimation de la mise. L'art. 1853 décide, en effet, que la part de l'associé qui fournit son industrie doit être égale à celle de l'associé qui a le moins apporté.

227. Cette appréciation est-elle convenable? M. Boutteville a exposé, dans son rapport au tribunat, les motifs qui ont déterminé à l'adopter, et l'on ne peut s'empêcher d'en reconnaître la force, quelque favorable, d'ailleurs, qu'on soit aux apports industriels. Voici en quels termes il s'exprime.

« Il est évident que ceux qui forment une société, sont réellement les seuls qui puissent bien connaître et justement apprécier ce que chacun d'eux y apporte en valeurs réelles, mais surtout en industrie, en zèle, en talens, en activité, en courage. Nous ne parlons pas de ces trompeuses annonces de crédit, de faveur, que de vils intrigans ont trop souvent offertes pour des réalités.

« Mais donnerons-nous la plus forte ou la plus faible des parts des autres associés à celui qui n'apporte que ses bras, sa tête et son courage, et qui néglige de faire régler sa part ou le traitement qui lui sera accordé?

« Si nous lui donnons la plus forte, n'encouragerons-nous pas l'insouciance et l'oubli de la précaution la plus facile à prendre?

« En ne lui assignant que la plus faible, nous lui donnons le sage avertissement de ne jamais négliger de stipuler lui-même ses intérêts et de faire régler son sort. Daignez aussi le remarquer, nous n'avions à choisir qu'entre la part la plus forte et la plus faible; il était impossible de recourir au nombre des associés. Les mises et les parts des autres pouvant être inégales, il devient impossible de suivre à-la-fois la proportion du nombre des associés et celle de leurs mises. Le seul parti à prendre était donc celui des dispositions du projet, qui statuent que l'égalité entre associés n'est pas en raison de leur nombre, mais en proportion des mises de chacun; que l'industrie n'aura droit qu'à la part la plus faible; c'est-à-dire, qu'elle est bien avertie de s'apprécier elle-même, et de faire fixer sa part ou son traitement. » (1)

228. Les dispositions sur le réglement des parts des associés doivent s'appliquer aux sociétés universelles, aussi bien qu'aux sociétés particulières.

Je sais que Vinnius, quoiqu'il fût partisan de l'égalité proportionnelle, admettait l'égalité absolue dans les sociétés universelles. Je sais aussi que la même distinction fondée sur les mêmes argumens a été reproduite sous l'empire du Code. Je crois qu'elle doit être repoussée, d'abord parce qu'il n'y a jamais eu de bonnes raisons pour l'admettre, et en second lieu parce que la nouvelle

(1) M. Locré, tome XIV, pages 537 et 538.

législation décide d'une manière claire et précise, ce qui pouvait être douteux autrefois.

Les anciens commentateurs, pour justifier le partage des bénéfices par égales portions malgré l'inégalité des apports, disaient qu'en s'associant, on était censé avoir considéré seulement le résultat commun de l'opération, avoir consenti à prendre chacun une part égale dans la perte ou dans le profit, et s'être soumis à la loi de la société et de l'amitié, qui a pour base première l'égalité, et qui même rend égaux ceux qu'elle a trouvés inégaux. (1)

Vinnius déclare que ces raisons qui ne le touchent point, lorsqu'il s'agit d'une société particulière, lui paraissent déterminantes, lorsque tous les biens des contractans entrent dans l'association, ou qu'une société est formée purement et simplement, sans désignation des choses qui forment les mises (2). M. Duranton adopte cette opinion, en faisant toutefois la distinction de Pothier entre le cas, où il y a, et celui, où il n'y a pas estimation des biens. (3)

---

(1) *Communem duntaxat negotiationis fortunam spectasse, atque in eo acquievisse videantur, ut quisque damni et lucri tantumdem haberet, silicet jubente id etiam lege societatis atque amicitiæ, quæ ab æqualitate primùm nata sit, et pares faciat etiam quos impares suscepit.* C'est en ces termes que Vinnius analyse et reproduit les argumens de Cœsarnus et de Tuldenus. *Ad. Inst. lib.* III, *tit.* XXVI, § 1.

(2) *Loc. cit.*

(3) V. *suprà*, nos 224 et 225. C'est là le sens du passage de M. Duranton, Voyez tome XVII, n° 360, dans lequel s'est glissée, je crois, une faute typographique qui le rend inintelligible. On lit en

On trouve dans Noodt la réfutation des raisons
ıs sentimentales que juridiques qui avaient sé-
it Vinnius. Il fait remarquer qu'il ne faut pas
ıfondre la pure et vraie amitié avec l'association
ıt le but est la production de bénéfices, que la
mière est l'objet des études des philosophes, et
la seconde est dans le domaine des juriscon-
tes (1). Il s'attache ensuite à démontrer que la
nbinaison des textes ne conduit point à établir
alité entre associés dont les mises étaient iné-
es. Cette partie de sa discussion n'offre plus au-
rd'hui d'utilité véritable. L'article 1853, par
disposition aussi générale que précise, pose
alité proportionnelle comme la règle commune

, page 349, dernier alinéa, « si les biens mis par chacun des as-
is dans la société de tous biens *ont été estimés*, etc. Evidemment
ur a voulu dire *n'ont pas été estimés*, puisqu'il ajoute : *les mises non évaluées*, et que plus tard, page 350, dernier alinéa, il prévoit
s où les biens *ont été estimés*, par opposition à celui sur lequel
it d'abord expliqué.

) V. *suprà*, nos 5 et 6. *Societatis sive amicitiæ (quod me docuit Aristo- lib.* 8, *de moribus C.* 3 *et seq.*) *non unus finis, nec una conditio, aut una s. Inter cæteras occurrit aliqua sapientum; unam habens causam virtutis tiæque perfectæ. Est alia pecuniæ et rerum : amicitiam in quibusdam rens, at non ob ipsam, sed ob negociationem, id est ob lucrum atque tem. Prior philosophis curæ est, posterior jurisconsultis sub hoc titulo. a est vera et propria, laudata ab Aristotele d. loc. etiam a Cicerone; de leg. C.* 12. *et in Lælio, sive de amicitiâ cap.* 17. *Altera quasi et pria quam Papinianus, in d. l.* 63. *idcirco dicit in se habere jus ummodo fraternitatis. Eoque modo etiam Quintilianus loco alle- ex declam.* 320 *hanc vocat quamdam fraternitatem; id est, impro- , non veram; si nimirùm cum illâ propriâ et verâ comparatur. Sus- præjudicium; nunc quemadmodum accipiendus sit Ulpianus, de- rabo, etc.* Noodt *ad Pand. lib. XVII, tit. II, pro socio.*

à toutes les sociétés; il ne permet donc pas de distinguer entre les sociétés particulières et les sociétés universelles, entre les sociétés dans lesquelles les mises sont estimées, et celles dans lesquelles il n'y a point d'évaluation des apports.

229. Il serait impossible de prévoir et d'indiquer toutes les circonstances et toutes les clauses qui sont de nature à exercer de l'influence sur l'estimation des choses mises en société; chaque espèce fournira des élémens pour la solution de la difficulté. C'est, comme je l'ai déjà dit, à la sagesse des tribunaux qu'il faut laisser le soin de les apprécier; de déterminer quelle est la valeur intrinsèque des objets qui composent les apports, et ce que cette valeur reçoit d'augmentation ou de diminution du temps, du lieu où la société se forme, du but qu'elle se propose, des moyens qu'elle emploie, de la position des associés et d'une foule d'autres causes.

Il est presque inutile de dire, tant cela est évident, que la valeur de la mise n'est pas la même, lorsque c'est la propriété des choses qui la composent qui entre dans la société, et lorsque l'apport se borne à la jouissance. Mais l'appréciation de cette dernière espèce de mise présente des difficultés, sur lesquelles il est nécessaire de donner quelques explications.

230. Rien de plus simple en apparence que de dire ce que vaut la jouissance d'une chose; tous les jours on détermine la valeur d'un usufruit; et, s'il s'agit de sommes d'argent, l'intérêt au taux légal semble être une évaluation toute faite. La plupart

des jurisconsultes acceptent ces bases, sans même manifester un doute sur leur application. Voici comment s'exprime à ce sujet M. Delvincourt.

« Pierre et Paul contractent une société pour cinq ans. Pierre y met 2,000 francs, Paul y met 4,000 fr.; mais il y stipule qu'il prélevera les 2,000 francs d'excédant avant partage. L'acte ne contient aucune stipulation, relativement à la part des associés dans les bénéfices ou les pertes; il faut donc la déterminer d'après les mises. Il est évident que l'on ne peut pas traiter Paul comme s'il avait mis réellement 4,000 francs dans la société, puisque la société a toujours été sa débitrice de 2,000 fr.: sa mise sera donc d'abord de 2,000 francs, plus de l'intérêt de 2,000 pendant cinq ans, et sa part dans les bénéfices ou pertes sera calculée en conséquence. » (1)

On trouve dans un passage de Pothier, que j'ai déjà eu occasion de citer, la même évaluation d'une mise consistant dans la jouissance d'une somme d'argent. (2)

Cependant la position de l'associé n'est pas tout-à-fait semblable à celle d'un préteur. Souvent la mise sociale court des risques, à raison de la nature même des opérations pour lesquelles la société est formée. Lorsque ces risques pèsent sur l'associé, il paraît juste de les faire entrer comme élément dans le calcul de la valeur de son apport. Pufendorf exprime cette idée; il fait remarquer

---

(1) Tome III, note, p. 224.
(2) *V.* Pothier de la Société, n° 16.

que dans une société où l'un met son industrie, et l'autre la jouissance d'une somme, « on compare avec la peine de l'un des associés non pas le fonds même de l'autre, mais *les risques* que celui-ci court de perdre son argent et *le gain* qu'il en pouvait vraisemblablement attendre. De sorte, poursuit-il, que s'il s'agit de partager le profit entre deux associés, dont l'un a fourni, par exemple, 1,000 écus, et l'autre, un travail qui n'en vaut que 100, il ne faut pas simplement donner à celui-ci un dixième; mais plutôt on doit comparer sa peine avec ce à quoi peuvent se monter les risques auxquels l'autre a exposé son argent, et avec le gain qu'il avait lieu de s'en promettre; et si cela ne va pas au-delà de 100 écus, alors chacun aura une part égale du profit. »

Mais sentant toute la difficulté d'une semblable appréciation, il ajoute : « Le plus court est néanmoins de faire l'estimation de ces risques et de ce gain sur le pied des intérêts que l'on donne ordinairement pour un argent prêté. Ainsi, supposé que les intérêts soient fixés à 6 p. 0[0, si l'un des associés ayant fourni 1,000 écus, la peine de l'autre en vaut 60, le gain doit être partagé également. » (1)

Je crois en effet que c'est le meilleur parti à prendre. Il dispense de calculs nécessairement difficiles et compliqués; et l'on n'a point à craindre qu'il conduise à de graves et fréquentes erreurs.

(1) Liv. V, chap. VIII, § II.

L'argent, et en général les choses qui se consomment ou se détériorent par l'usage sont le plus exposées aux chances de perte : or, quoique ces choses ne soient apportées que pour la jouissance et que l'associé en reste propriétaire (1), les risques sont à la charge de la société ; l'associé ne peut donc pas chercher dans un danger, auquel il n'est pas exposé, un motif pour se faire allouer une plus forte part dans les bénéfices. Il n'y aurait lieu de lui tenir compte des risques, que lorsque sa mise serait composée d'objets certains et non fongibles, parce que c'est sur lui que pèsent les risques de ces objets ; mais alors le danger diminue, et il ne vaut guère la peine d'établir une règle spéciale pour des cas qui ne se présenteront que très rarement. J'ai cru toutefois devoir montrer la nuance qui existe entre la mise qui est aux risques de la société, et celle dont la perte retomberait sur l'associé ; afin de ne rien omettre de ce qui peut diriger les magistrats dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire, dont ils sont investis, lorsqu'il faut déterminer la valeur d'une chose mise en société, pour la jouissance seulement.

231. Lorsque la mise d'un associé consiste en industrie, sa part est égale, on l'a déjà vu, à celle de l'associé qui apporte le moins. Si donc la société n'est formée qu'entre deux personnes, les bénéfices et les pertes se partagent par égales portions. S'il y a plusieurs membres dans la so-

---

(1) Art. 1851. V. *suprà*, nos 170 et 171.

ciété, de deux choses l'une, ou les apports sont égaux, ou l'un est supérieur à l'autre; dans le premier cas, tous les associés auront une part égale; dans le second, l'associé industriel sera traité comme l'associé qui aura fourni la plus petite mise matérielle.

232. Mais l'opération se complique, lorsqu'à l'apport d'industrie se joint un apport en argent ou autres objets. Ainsi, un associé met dans la société son travail et une somme de 10,000 francs, comment sa part doit-elle être réglée? Il serait évidemment injuste de la calculer seulement sur son apport en argent; car celui qui fournit 10,000 francs et son travail, apporte plus que celui qui ne donne que 10,000 francs. Il faut donc attribuer un prix quelconque à l'industrie qui augmente véritablement la mise. Pour cela, il est tout naturel de prendre la base qui est établie par l'article 1853.

Dans ce système, la valeur de la mise mi-partie d'argent et de travail sera fixée, en ajoutant à la somme réellement apportée une valeur égale à la plus petite mise; et la part dans les bénéfices sera réglée en conséquence. Mais il importe de ne pas se méprendre sur la mise, qui doit être considérée comme la plus petite, et qui doit servir à évaluer l'apport industriel. C'est toujours entre les mises des autres associés qu'il faut choisir le terme de comparaison; alors même que la somme fournie par l'associé, dont il s'agit d'évaluer le travail, serait moindre que les autres mises.

Supposons qu'une société s'est formée entre

trois personnes; l'une fournit 10,000 fr. et son industrie; la seconde 20,000 francs; et la troisième, 30,000 fr. L'industrie du premier associé devra être considérée comme égale à la plus petite des deux mises, c'est-à-dire, à 20,000 fr. Cette somme jointe à celle de 10,000 fr. apportée par lui, élèvera sa mise à 30,000 fr. Les parts dans les bénéfices seront, en conséquence, réglées de la manière suivante : trois huitièmes à celui qui apporte son travail et 10,000 fr., deux huitièmes à celui qui met dans la société 20,000 fr.; et trois huitièmes enfin à celui qui fournit 30,000 fr.

Si, au lieu de procéder de cette manière, on disait : la plus petite des trois mises est celle du premier associé; puisqu'elle ne s'élève qu'à 10,000 f.; par conséquent, c'est à cette somme qu'il faut évaluer son industrie et sa mise totale doit être supposée de 20,000 francs; on commettrait à son égard une véritable injustice. En effet, s'il n'eût promis que son travail, on l'aurait évalué à 20,000 fr., la plus petite des mises fournies par les autres associés; et on ne lui accorderait pas davantage, lorsque, outre son industrie, il apporte un capital de 10,000 francs!

Dans certains cas, les résultats seraient encore plus absurdes. Supposons que la mise du second associé fût de 25,000 francs; l'industrie du premier associé aurait été déclarée égale à cette somme, si elle eût seule formé son apport; et parce qu'il aurait fourni et son industrie et 10,000 fr., on déciderait que sa mise ne vaut que 20,000 fr.; on lui donnerait donc moins de droits dans la société,

lorsqu'il aurait une mise plus forte! Evidemment, on ne peut admettre ce système. Il est condamné d'ailleurs par les termes mêmes de la loi. L'article 1853 dit : que la part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est réglée, comme si sa mise eût été égale à celle de l'associé qui a le moins apporté; il exprime clairement que c'est dans les mises des autres contractans, qu'il faut chercher le moyen d'évaluation. Il y a plus : en comparant l'industrie d'un associé, à la somme qu'il apporte lui-même, on ne donnerait pas à cette industrie une valeur égale à la valeur entière de la plus petite des mises; car l'argent n'est qu'une partie de la mise de celui qui fournit argent et industrie.

Ainsi, on s'écarterait de la disposition formelle de la loi et l'on tomberait dans les plus iniques et les plus déraisonnables combinaisons, si l'on évaluait l'industrie d'un associé à la somme qu'il apporte lui-même à la société.

C'est le moindre entre les apports des autres associés qui doit servir au réglement (1).

Il faut convenir que l'article 1853 ne prévoit pas le cas, où une mise sociale se compose en même temps d'industrie et d'autres objets; il suppose que tout l'apport consiste en industrie. Le moyen d'évaluation qu'il indique n'est donc présenté ici que comme le plus convenable, comme celui qui est le plus en harmonie avec la règle établie pour une situation analogue, quoique différente ; ainsi

---

(1) Duranton, t. XVII, n° 433.

les tribunaux ne sont pas absolument tenus de le mettre en usage. S'ils acquièrent la conviction que le travail de l'associé, qui fournit aussi des capitaux, vaut plus ou moins que la plus petite mise; ils pourront s'écarter de cette base, à laquelle ils seraient obligés de s'attacher, si l'associé n'apportait que son industrie. (1)

Il leur sera même impossible de l'adopter, lorsque tous les membres de la société fourniront des capitaux et leur industrie. Dans cette hypothèse, aucune des mises n'aura une valeur déterminée d'avance, qui puisse servir à l'évaluation des autres.

233. Une fois que le rapport entre la mise industrielle et les mises en argent ou en effets est établi, les droits des associés se trouvent déterminés; la nature des choses qui ont composé les apports n'exerce aucune influence sur la répartition des bénéfices ou des pertes; l'associé qui a mis son industrie dans la société, et celui qui a fourni de l'argent, des marchandises, des meubles ou des immeubles, jouissent des mêmes avantages et sont soumis aux mêmes obligations, dans la proportion qui résulte de la valeur respective des apports.

Quoique personne ne conteste cette règle, quoiqu'elle soit très claire, et qu'elle paraisse trop absolue pour admettre des exceptions; cependant, elle présente, dans l'application, des questions qui ont divisé les plus habiles jurisconsultes.

---

(1) M. Duranton, *loc. cit.*

Ils se sont demandé : si l'associé, dont la mise consiste en industrie, doit indemniser ses coassociés, pour une portion, de la perte des capitaux que ceux-ci ont apportés ? Fachin nous apprend que quatre opinions différentes ont été émises sur cette difficulté.

234. La première était que la perte devait être répartie entre tous.

Dans la seconde, on distinguait le cas où au moment de la perte, l'industrie n'avait point encore été exercée pour la société, de celui, où, au contraire, l'associé qui avait promis son travail, l'avait effectivement fourni. L'on décidait que, dans la première hypothèse, chaque associé supportait sa part de la perte, et que dans la seconde, la perte entière retombait sur celui qui avait fourni le capital.

Le troisième système admettait aussi une distinction, il présentait une solution différente, selon que l'argent était entré dans la société, pour la propriété, ou seulement pour la jouissance : s'il était entré pour la propriété, il périssait pour le compte de celui qui l'avait apporté, sans recours contre l'associé qui avait fourni son industrie; s'il n'avait été mis que pour la jouissance, la perte se répartissait entre les associés.

Enfin, le quatrième avis mettait dans tous les cas la perte à la charge de l'associé qui avait fourni le capital. C'est ce sentiment que préfère Fachin.

235. Vinnius l'adopte également. A la vérité, il distingue entre l'apport en jouissance et l'apport en pleine propriété; et il s'attache uniquement à

prouver qu'aucune portion de la perte ne doit être supportée par l'associé qui a fourni son industrie, lorsque c'est seulement la jouissance du capital qui a été mise en société, par son co-associé. On pourrait donc croire que son avis est précisément l'inverse de la troisième opinion rapportée par Fachin; mais il est au contraire évident que, s'il décharge l'associé industriel de toute contribution à la perte du capital, lorsque ce capital n'est engagé que pour la jouissance; à plus forte raison, il doit l'en affranchir, lorsque c'est la propriété même de l'argent qui forme l'apport social. (1)

236. Dans ce conflit d'opinions et d'autorités il était difficile de se déterminer. Les principes disparaissaient devant les considérations présentées d'une manière également ingénieuse, par les partisans de chaque système.

Heureusement, le Code civil a tracé nettement et pour toutes les hypothèses la règle relative aux risques des choses mises en société; il a ainsi rendu facile la solution d'un problème autrefois fort ardu.

Les docteurs, qui faisaient la distinction entre le capital apporté pour la jouissance seule et le capital fourni en toute propriété, justifiaient leur doctrine par des raisons vraiment séduisantes. Lorsque, disaient-ils, la mise en industrie est considérée comme égale à la mise en argent, celui qui a fourni son travail perd autant que celui qui a donné ses capitaux; il n'est donc pas juste qu'en

---

(1) V. *infra*, en note.

outre, il supporte une portion de la perte des sommes qui ont été mises dans la société. Mais lorsque le travail n'est pas censé l'équivalent de la propriété de l'argent; celui dont la mise se composait d'industrie a moins perdu que celui dont les capitaux ont péri; il faut donc pour rétablir l'égalité, qu'il supporte une portion de la perte. (1)

Fachin réfute assez mal cette argumentation qui, on le voit, est nette et serrée; il suppose que l'intention des parties n'est pas que l'un des associés perde à-la-fois son travail et de l'argent (2). Vinnius reproduit la même idée sous une forme plus heureuse. Il considère le travail, comme l'équivalent de la jouissance du capital et du risque qu'on court de le perdre en le mettant dans la société; d'où il conclut que, si le capital périt, celui qui l'a

(1) Voici le passage de Fachin. *Contr. lib. II, cap. II, cap.* 95.

Tertia est sententia ita distinguens : aut opera et industria æquivalet non solum usui pecuniæ, sed etiam dominio et proprietati, et tunc amissionis damnum ad eum pertinet, qui pecuniam dedit. Aut æquivalet usui duntaxat pecuniæ, et tunc damnum amissionis erit commune inter socios. Ita Corn. et alii quos refert et sequitur Socin. sen. in cons. 265, *lib.* 2. *Hujus sententiæ ea est ratio : quod priore casu tantùm amisit is qui industriam communicavit, quantùm is qui pecuniam contulit. Quare æquum esse non videtur, ut etiam damnum amissionis pecuniæ aliquâ ex parte patiatur. Ubi verò opera non æquivalet dominio et proprietati pecuniæ, is qui operam ponit, non amittit tantum, quantum is qui pecuniam dedit; merito subire debet damni partem; quod ex amissione pecuniæ accidit.*

(2) *Illa ratio nihil movet, quòd si opera usui duntaxat pecuniæ æquivalet, damnum sit commune; quia ut jam sæpè dictum est, plus damni sentiret is qui posuit industriam, quam alter. Licet enim amissioni pecuniæ in totum non respondeat, et æquanda non sit amissio operarum, sibi tamen imputet is qui industriam et operam pro pecunia valere existimavit, atque eâ lege societatem iniit, nec jam velit socium et operæ et pecuniæ damnum sustinere cum ipse pecuniæ, duntaxat sustineat. Loc. cit.*

exposé ne peut se plaindre d'une chance à laquelle il s'est soumis. (1)

La mise en industrie est-elle en effet seulement l'équivalent de la jouissance de l'argent, ou représente-t-elle aussi le danger que court le capital placé dans les opérations sociales; en d'autres termes, qui de la société ou de l'associé est responsable des risques? C'est là véritablement la question.

Le Code civil a prononcé. L'article 1851 décide que c'est la société, il met ainsi fin à la controverse. Il ne faut pas toutefois se méprendre sur le sens et l'influence de la règle qu'il établit touchant la responsabilité des risques.

237. Diverses hypothèses peuvent se présenter sur lesquelles il importe de donner des explications claires et précises.

Lorsque les choses mises en société y sont en-

---

(1) *Aut opera confertur cum solo pecuniæ usu; quo casu sors domino perit, et si salva est, domino salva est: aut opera confertur cum ipso dominio pecuniæ, quo casu qui operam impendit particeps fit sortis. In primâ specie comparatur cum operâ non sors, sed periculum amittendæ sortis et lucrum, quod ex eâ probabiliter sperari poterat. In alterâ operæ pretium habetur quasi sorti adjectum et pro eo quod valet, in ipsa sorte partem habet, qui operam præstat ut eleganter Grot.* 2. *de jure belli ac pacis num.* 24. *Covarruvias. var. res* 2. *Atque hinc sumenda decisio questionis agitatæ apud interpretes in L. I. Cod. hoc. tit. utrùm in hoc genere societatis pecunia collata communicetur, nec ne; et consequenter utrùm finitâ societate, ea etiam inter socios dividenda sit, an is, qui contulit, eam percipere debeat? Cui similis est altera, utrùm in hujus modi specie damnum pecuniæ amissæ commune sit, an ad eum solum hoc damnum pertineat qui contulit pecuniam de quo laborant Gail.* 25 *obs.* 24, *n.* 6, *Fach.* 2. *cont.* 94 *et* 95. *Christin. vol.* 3 *decis* 51 *n.* 4 *et vol.* 1. *decis.* 207, *n.* 8, *et seq. Vinnius ad Inst. lib. III, tit. XXVI*, § 2.

trées pour la propriété; quelles qu'elles soient, fongibles ou non, meubles ou immeubles; si elles périssent, c'est pour le compte de la société, et l'associé qui les a fournies n'a rien à réclamer de ses co-associés, pas plus de l'associé qui a apporté son industrie que des autres.

Lorsque l'apport social n'est formé que de la jouissance des choses qui le composent, il faut distinguer.

Si ces choses sont des corps certains et déterminés qui ne se consomment point par l'usage, elles restent aux risques de l'associé propriétaire, et par conséquent, elles périssent pour lui et pour lui seul, conformément à la règle, *res perit domino.* Dans ce cas encore, aucune partie de la perte n'est mise à la charge de l'associé, dont la mise consiste en industrie.

Mais si ces choses, comme l'argent, se consomment par l'usage, si elles se détériorent en les gardant, si elles ont été destinées à être vendues, ou si elles ont été estimées; en un mot, si elles sont du nombre de celles que désigne le second alinéa de l'article 1851; elles sont aux risques de la société, qui en doit la valeur à l'associé qui les a fournies, lorsqu'elles ont péri. C'est cette obligation, dont chacun des contractans est tenu pour sa part, qui rend l'associé, qui a apporté son industrie, passible d'une portion de la perte.

238. Il arrive quelquefois que non-seulement les choses mises dans la société pour la propriété ou pour la jouissance périssent; mais qu'en outre, la société est engagée envers les tiers. Ces dettes

doivent, dans tous les cas, être supportées par tous les associés, sans que la nature de leurs apports puisse établir entre eux de différence. M. Duranton fait très bien remarquer que; « si l'associé qui a apporté son industrie objectait qu'il n'a entendu hasarder que son industrie, que c'était la seule chose qu'il avait lors du contrat, les autres lui répondraient qu'eux-mêmes ne pensaient aussi hasarder que le capital qu'ils mettaient dans la société pour la jouissance seulement; que les deux mises étant perdues, et des dettes en outre existant, ces dettes doivent être supportées en commun, et dans la proportion de la part que chacun d'eux aurait eue dans les bénéfices, s'il y en avait eu. » Il ajoute que l'article 1853 confirme cette solution, puisqu'il oblige l'associé qui n'a apporté que son industrie, à supporter, *dans les pertes*, une part égale à celle de l'associé qui a le moins apporté. (1)

239. Lorsque la convention détermine les droits des associés, les règles établies pour le cas où elle garde le silence perdent évidemment toute leur autorité. La volonté du législateur s'efface devant celle des contractans. Néanmoins, alors même que ceux-ci ont, par des clauses formelles, fixé la part de chacun dans la société; la loi et la doctrine doivent encore être consultées, soit pour déterminer le sens et la portée de certaines stipulations, soit pour poser la limite où s'arrête la liberté des conventions.

---

(1) Tome XVII, n° 432.

240. Ainsi, il est de principe que les parts indiquées seulement dans les pertes ou seulement dans les bénéfices, sont fixées, aussi bien pour la chance dont le contrat ne parle point, que pour celle qui est l'objet de la stipulation. *Illud expeditum est, si in una causâ, pars fuerit expressa (veluti in solo lucro, vel in solo damno), in altero vera omissa, in eo quoque quod prœtermissum est, eamdem partem servari* (1). Cette interprétation de la stipulation incomplète des parties, se justifie d'elle-même. En effet, on a vu précédemment, et j'aurai bientôt l'occasion de répéter, qu'il est de la nature du contrat de société; que les bénéfices soient dans la proportion des mises, et les pertes dans la proportion des bénéfices.

241. Les associés qui peuvent régler leurs parts eux-mêmes dans l'acte qui constitue la société, peuvent aussi confier ce soin soit à l'un d'eux, soit à un tiers.

242. Lorsqu'ils ont donné une semblable mission, ils doivent se soumettre au réglement qui est fait par celui qui a été investi de leur confiance, à moins que ce réglement ne soit évidemment contraire à l'équité. (2)

243. Le réglement qui donnerait aux associés des parts hors de proportion avec leurs mises, ou qui leur attribuerait dans les bénéfices plus ou moins que dans les pertes, serait contraire à l'équité; du

---

(1) *Inst. lib. III. tit. XXVI*, § 3.
(2) Art. 1854.

moins, il y aurait présomption qu'il la blesse; et ce serait à celui qui voudrait le faire maintenir à prouver que l'iniquité n'existe pas réellement, que l'industrie, le crédit de l'un des associés, ou toute autre circonstance justifie la répartition inégale des bénéfices et des pertes. (1)

244. Au surplus, des réclamations ne peuvent plus être admises, de la part d'un associé, lorsque plus de trois mois se sont écoulés, depuis qu'il a eu connaissance du réglement; ou lorsqu'il a commencé à l'exécuter. Le silence pendant trois mois, comme l'exécution, emporte acquiescement. (2)

245. Si la personne désignée pour fixer les parts refuse, meurt, ou est empêchée, par un autre motif, de remplir la mission qui lui a été donnée, il n'y a point de société; car la fixation des parts formait une véritable condition suspensive. « La société contractée, dit Despeisses (3), sous cette condition, qu'un chacun des associés aura telle portion en la société que Titius avisera, est nulle, si Titius vient à décéder avant que d'avoir donné son avis sur lesdites portions. Azo, *ad tit. eod. pro socio num.* 12; suivant la loi, *si societatem* 75, *ff. pro socio.* »

En conséquence, l'un des associés ne pourrait

(1) *Quid enim, si Nerva constituisset, ut alter ex millesimâ parte, alter ex duobus millesimis partibus socius esset? Illud potest conveniens esse viri boni arbitrio, ut non utique ex æquis partibus socii simus; veluti si alter plus operæ, industriæ, gratiæ, pecuniæ in societatem collaturus erat. L. 80. ff. pro socio.*

(2) Art. 1854.

(3) De la Société, sect. I, § 4.

contraindre les autres à accepter le réglement qui, dans le silence de la convention, est établi par la loi elle-même, ni à confier à un autre arbitre le soin de déterminer les parts. J'ai établi que, dans les ventes, jamais il n'est permis de remplacer, contre la volonté des parties, la personne qu'elles ont chargée de fixer le prix. A plus forte raison, il en doit être de même de celle que les associés ont choisie pour régler leurs droits respectifs. L'évaluation d'une chose vendue est une mission infiniment plus facile, que l'appréciation de tout ce qui peut entrer comme élément dans des mises sociales, de tout ce qui peut influer sur l'équitable répartition des bénéfices et des pertes d'une société. Pour fixer le prix d'une vente, il faut sans doute quelquefois des connaissances spéciales; mais presque toujours ces connaissances se trouvent chez plusieurs personnes, et il n'est guère vraisemblable que celle dont l'acheteur et le vendeur ont fait choix, soit seule capable de bien remplir la mission qu'ils lui ont confiée. Au contraire, pour bien juger des rapports qu'il convient d'établir entre des associés, non-seulement il faut estimer à sa juste valeur chacun des objets matériels qui composent leurs mises; mais encore il est nécessaire d'apprécier ce que la société peut espérer de l'intelligence et de l'activité de chacun; il est indispensable de calculer ce que valent l'habileté personnelle de l'un, les relations de l'autre, la clientelle qui appartient à celui-ci, l'expérience et la bonne renommée de celui-là. On comprend dès-lors que souvent

l'homme désigné par les contractans est le seul qui soit en mesure de faire entre eux un sage et équitable réglement.

Il faut donc, lorsqu'il s'agit de ce réglement, encore plus que lorsqu'il est question d'un prix de vente, refuser aux tribunaux le droit de remplacer celui qu'a nommé la convention.

246. Au lieu d'une seule personne, les parties pourraient incontestablement en désigner deux ou plusieurs; et il suffirait qu'une seule refusât la mission, ou qu'elle ne pût la remplir, pour que la société fût nulle. (1)

247. Le partage entre les deux arbitres aurait le même résultat; les parties ne seraient point obligées à en nommer d'autres pour remplacer, ou départager les premiers qu'elles avaient choisis. (2)

248. Si les associés, sans désigner celui d'entre eux ou le tiers qui serait chargé de déterminer les parts, s'étaient seulement réservé de faire plus tard leur choix; le refus de l'un d'eux d'y concourir, ou l'impossibilité de s'entendre à ce sujet, ne ferait point avorter la société. Suivant les principes que j'ai établis dans mon Traité de la Vente, les juges pourraient dans ce cas, à défaut des parties, faire la nomination. (3)

249. M. Duranton suppose que des associés, qui n'ont inséré dans le contrat aucune clause relative

(1) *V.* tome XVI (I.er de ma Continuation), n° 151.

(2) *Ibid.*

(3) Tome XVI (I.er de ma Continuation), n° 153.

à la fixation des parts, conviennent ensuite, et dans un acte postérieur, de les faire régler par un tiers qu'ils nomment; il se demande ce qui adviendra, si celui-ci ne veut ou ne peut pas faire l'opération dont il est chargé. Il répond que le contrat ne cessera pas de produire ou d'avoir produit tous ses effets, et que les parts resteront fixées, telles qu'elles l'avaient été tacitement dès le principe; c'est-à-dire en proportion des mises de chaque associé (1). Je ne pense pas que cette opinion doive être suivie. La nouvelle convention s'est unie à l'ancienne; elles n'en forment plus qu'une, dont les effets doivent être appréciés, comme si tout avait été arrêté au même moment et d'un seul jet. Selon M. Duranton, les parties sont censées avoir dit : nous ne voulons plus rester soumises pour le réglement des parts à la disposition de la loi, nous confions à un tiers le soin de décider comment les bénéfices et les pertes se répartiront entre nous. Toutefois, si celui-ci ne peut ou ne veut pas prononcer sur ce point, nous entendons nous replacer sous l'empire des dispositions légales qui nous ont d'abord régis. C'est ce retour à l'état primitif qui ne me paraît pas possible; parce que la volonté de l'opérer n'est pas exprimée, qu'elle ne peut se suppléer, et qu'elle n'est pas même vraisemblable. Il est certain que si, dès l'origine, les associés avaient stipulé ce qu'ils ont stipulé plus tard, la société eût été subordonnée à une condi-

(1) Tome XVII, n° 425.

tion suspensive; or, l'effet de la convention nouvelle a été de lui imprimer ce caractère; donc, et à défaut d'accomplissement de la condition, la société doit être réputée n'avoir jamais existé.

250. Au surplus, dans ce cas comme dans tous ceux où la société, après avoir reçu son exécution pendant un certain temps, sera anéantie à défaut de fixation des parts, il y aura eu une communauté de fait, dont les conséquences seront réglées suivant les principes ordinaires du droit.

251. La liberté qu'ont les associés de régler leurs rapports, et de déterminer la part de chacun dans les bénéfices ou dans les pertes, n'est pas absolue; j'ai déjà eu occasion de le dire. Les bornes qui lui sont imposées résultent ou de l'essence même du contrat de société ou des prohibitions expresses de la loi.

252. Ainsi, la convention qui donnerait à l'un des associés tous les bénéfices serait nulle. C'est la disposition expresse du premier alinéa de l'article 1855.

253. Elle serait également nulle, quoique le même associé fût chargé de supporter toutes les pertes; non qu'aucun texte le dise formellement, mais alors les autres associés n'auraient aucun intérêt dans la société, et toute société doit être contractée pour l'intérêt commun des parties. (1)

---

(1) Cod. civ. art. 1833. Voy. *suprà*, n° 11.

254. Enfin, il n'est pas permis d'affranchir de toute contribution aux pertes, les sommes ou effets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs des associés.

255. Cette prohibition, établie par le second alinéa de l'art. 1855, n'existait pas dans l'ancien droit. Plusieurs jurisconsultes enseignent qu'on peut, sans blesser l'équité, convenir que l'un des associés ne supportera aucune part dans les pertes.

Il est difficile de justifier une pareille doctrine; car rien ne semble plus inique que de faire participer aux bénéfices celui qui n'est point exposé aux pertes. Cependant, il est des circonstances dans lesquelles cette convention présenterait une répartition convenable des chances que courent les associés. Si l'un d'eux devait, d'après sa mise, avoir dans les bénéfices une part plus considérable que les autres, s'il y renonce et s'il consent à ne recevoir qu'une part égale ou même moindre, à condition qu'il ne sera point tenu des pertes; la portion des bénéfices, dont il se prive, peut être considérée comme l'équivalent de la portion des pertes, dont il s'affranchit.

« En général, dit Pothier, toutes les fois que l'un des associés apporte en son nom particulier quelque avantage à la société, on peut, pour l'en récompenser, convenir qu'il sera déchargé pour partie *ou même pour le total* de la perte que ferait la société. (1)

(1) De la Société, n° 19.

Sans doute, cette espèce de compensation explique et moralise la stipulation qui affranchit l'un des associés de toute contribution aux pertes; cependant, il y a toujours dans une pareille combinaison de graves inconvéniens et même quelque chose de contraire aux véritables principes en matière de société. Admettons que l'un des associés, par sa garantie personnelle ou par tout autre moyen, procure à ses associés certains avantages, cela doit entrer comme élément dans le calcul de la valeur de son apport; et il convient de lui allouer une part d'autant plus considérable dans les bénéfices; que sa mise est plus forte. En procédant ainsi, on suit les règles ordinaires et l'on opère sur des bases fixes et solides. Au contraire si on convertit l'excédant des bénéfices, auquel a droit l'associé, en dispense de supporter la perte, qui devrait être à sa charge; on se jette dans les calculs les plus hasardés; on donne à la convention toutes les apparences d'une société léonine; un contrat fondé sur le principe de l'égalité, dont le but est la perception de bénéfices obtenus par le travail commun ou produits par l'union de capitaux, se trouve mélangé des combinaisons aléatoires, et prépare pour chacun des contractans des résultats tout-à-fait différens.

C'est donc une bonne et sage disposition que celle qui ne permet pas d'affranchir l'un des associés de toute contribution aux pertes.

256. Au surplus, il ne faut pas se méprendre sur l'étendue de la prohibition. Des sinistres de deux sortes peuvent affecter une société; les uns

consistent dans la perte des choses qui ont été mises en commun, qui composent le fonds social; les autres ont lieu, lorsqu'il y a des dettes ou charges auxquelles le fonds social ne peut suffire, et qui, même après qu'il est absorbé, grèvent chacun des associés au prorata de son intérêt. Ce sont les pertes de la première espèce seules, dont il n'est point licite d'affranchir l'un des associés: il est permis de stipuler qu'il ne sera pas tenu des autres. La distinction est clairement indiquée par le texte de l'article 1855.

257. Ainsi, l'associé qui apporte son industrie, peut être valablement affranchi de toute contribution aux charges dont la société sera grevée, après la perte du fonds social. Le vœu de la loi est rempli, par cela seul qu'il est exposé à perdre le travail qui forme sa mise. (1)

---

(1) Toubeau explique d'une manière un peu diffuse, mais très claire, comment l'on peut dispenser l'associé qui fournit son industrie, de concourir à la perte du fonds social.

« Il est si vrai, dit-il, que l'industrie peut équipoler et même surpasser le fonds d'une société par le droit romain. *L. non fuerunt*, § *pro socio*, que quand celui qui confère le fonds, se le réserve auparavant que de partager aucun gain, ordinairement, pour équipoler aussi cette sûreté et réserve, il se charge seul des risques et du cas fortuit. Cela paraît par la 183e décision de la Rote de Gênes, et cette société fut déclarée légitime, quoiqu'on la voulût déclarer léonine en faveur de celui qui avait conféré le fonds, et qui s'était chargé des risques et cas fortuits. Voici l'espèce de l'affaire qui avait donné lieu à cette décision. Ange Jourdain, ayant donné pour 100,000 fr. d'argent filé à Jean du Jong, pour le transporter en Alger, là le vendre, et en employer le prix en d'autres marchandises, pour apporter à Gênes; à condition que s'il y avait de la perte ou du gain dans les ventes et reventes des marchandises, elles seraient communes: mais

158. En résumé, ce qui est défendu; c'est de
nner à l'un des associés tous les bénéfices, même
lui faisant supporter toutes les pertes ; c'est
si de stipuler que les objets composant les
es sociales seront affranchis de toute contri-
tion aux pertes.

159. En dehors de ces prohibitions, la liberté
stipulations est complète. On peut, par exemple,
venir que les associés auront des parts inéga-

---

r le risque et le cas fortuit en allant et en revenant, Jourdain en
it seul supporter la perte. L'argent filé fut heureusement trans-
é et vendu en Alger, et le prix employé en froment qui, en ve-
à Gênes, périt par une tempête. Du Jong étant retourné à Gê-
Jourdain prétendit que cette société était léonine, parce que,
e qu'il avait fourni les fonds de la société, il était encore chargé
sque et du cas fortuit; qu'elle ne pouvait pas subsister ainsi, et
conséquent, que Du Jong devait lui payer la moitié des blés
us par la tempête. Mais de cette prétention, Du Jong fut ren-
absous, parce que cette société ne fut pas estimée, ni trouvée
ne; quoique ordinairement, conformément à la loi *cum duobus*,
dam ff. pro socio, quand les marchandises périssent par cas for-
cela regarde tous les associés. Néanmoins, à cause de la peine,
ndustrie et du péril où ceux qui entreprennent de telles socié-
xposent leurs personnes, conformément aux sentimens de Bar-
d'Innocent, de Felinus, un des associés peut légitimement se
ger du risque : cette société ne devait pas passer pour injuste
onine, puisque Jourdain s'était réservé le prix de son argent filé,
ravant que Du Jong pût profiter d'un sol pour ses peines et son
strie, qu'il perdait en même temps que Jourdain perdait son
ent, et qu'il était encore au hasard de perdre quand le froment
enu à bon port, s'il n'y eût pas eu de gain. Et enfin, Jourdain
nt toujours, par cette convention, conservé seigneur de sa mar-
ndise et de celle qui serait achetée, du prix qui en proviendrait;
ong n'ayant part que dans le gain, il ne pouvait perdre que cela
nt cette règle de droit et d'équité que la chose est perdue pour
i à qui elle appartient : *res perit domino*.
stitutes du Droit consulaire, liv. II, tit. III. chap. III.

les, quoique leurs apports soient en apparence égaux.

Sans doute, en l'absence de toute convention, les parts doivent être entre elles, dans le même rapport que les mises; et l'on serait tenté de croire que cette règle n'est pas susceptible de modification par la volonté des parties (1). Mais, dans une foule d'occasions, l'estimation des objets qui composent les mises est une opération délicate et dans laquelle nécessairement se mêle beaucoup d'arbitraire. Si les associés avaient eux-mêmes et directement pris soin de déterminer la valeur de leurs apports, nul n'aurait droit de contrôler leurs calculs et leurs appréciations. Eh bien! lorsqu'ils fixent leurs parts dans les bénéfices d'une manière inégale, ils sont censés avoir reconnu l'inégalité de leurs apports. Les tribunaux ne peuvent s'immiscer dans l'examen de toutes les considérations, de tous les motifs, de toutes les influences qui ont déterminé les contractans. La solution qu'ils ont donnée à une difficulté, dont certainement ils sont les meilleurs juges, doit être maintenue; et comme on le voit, ce respect pour la convention se concilie avec le principe que les bénéfices d'une société doivent se distribuer dans la proportion des mises.

260. Il est une autre stipulation qui est également licite; c'est celle qui accorde à l'un des associés une part dans les bénéfices, différente de celle qui lui est imposée dans les pertes. On a déjà

---

(1) V. suprà, n° 12.

vu, cependant, que selon les principes universellement reconnus en matière de société, la part dans la perte doit pour chacun être égale à sa part dans les bénéfices (1). Aussi cette dérogation au droit commun n'a-t-elle paru admissible, que lorsque la mise de l'un des associés est plus considérable que celle des autres ; dans ce cas, on pense qu'au lieu de lui accorder dans les bénéfices tout ce qu'il aurait droit d'en attendre, d'après l'importance de sa mise, on peut le dégager d'une certaine portion de la perte.

« Deux tonneliers, dit Pothier, contractent ensemble une société pour fabriquer et débiter des tonneaux; chacun d'eux fournit à cette société son travail et la moitié des fonds dont elle doit être composée. L'un d'eux se fiant sur son habileté à se connaître aux bois, après l'examen qu'il a fait de ceux qu'ils doivent employer, se charge seul, par le contrat de société, de la garantie du vice de fût, à laquelle les tonneliers sont sujets envers ceux qui leur achètent des tonneaux ; et ils sont convenus, qu'en conséquence, de ce qu'il s'est chargé seul de cette garantie, et de ce qu'il s'est obligé d'en indemniser la société, il aura les trois quarts dans le gain, s'il y en a ; et que, néanmoins, en cas de perte, il n'en supportera que la moitié. Cette convention est valable : car ce qui lui est assigné dans le gain de plus que la moitié, est la récompense de l'avantage qu'il fait à son associé de le déchar-

(1) V. *suprà*, n° 14.

ger du risque de cette garantie, à laquelle il aurait dû être sujet pour moitié; c'est le prix de la moitié de ce risque dont il le décharge. »

La même idée est reproduite sous une forme un peu différente dans les deux numéros suivans. Ainsi l'injustice, qui consisterait à appeler un associé à prendre dans les bénéfices plus qu'il ne supporte dans les pertes, n'est qu'apparente, lorsque, dans la réalité, cet associé procure à la société tel ou tel avantage qui vaut ce qu'on lui accorde.

L'article 1521 ne permet pas, il est vrai, d'assigner à l'un des époux, dans l'actif de la communauté, une part inférieure ou supérieure à sa part dans les dettes; mais M. Toullier démontre que cette disposition est une exception aux principes qui régissent les sociétés ordinaires. Il rappelle, d'ailleurs, les textes du droit romain, dans lesquels ces principes ont été puisés, il en donne l'explication, en montre le développement, et cite enfin les auteurs qui les ont adoptés. Ce passage rend ma tâche facile; je dois me borner à y renvoyer; heureux, on le pense bien, de pouvoir placer mon travail sous la protection du nom et des doctrines du grand jurisconsulte qui m'a légué le soin de terminer son œuvre. (1)

Dans l'espèce choisie par Pothier, la convention indique formellement la cause de l'avantage qui est accordé à l'un des associés, par la fixation

(1) *V.* tome XIII, nos 411, 412. *Vinnius ad Inst. lib. III, tit. XXVI,* § 2.

d'une part inégale dans les profits et dans les pertes. Cette explication qu'il est très convenable et très sage de placer dans le contrat n'est pas cependant indispensable. Ainsi que je le faisais remarquer il n'y a qu'un instant, les associés en se distribuant entre eux les avantages ou les pertes d'une manière inégale, sont présumés avoir reconnu que la valeur de leurs apports est différente, et leur estimation échappe à toute critique.

261. Pothier a soin de dire que la stipulation que l'un des associés supportera une moindre part, ou même ne supportera aucune part dans les pertes, ne doit pas s'entendre en ce sens, que cet associé aura part au profit de chacune des affaires qui auront été avantageuses à la société, sans porter rien de la perte que la société a soufferte dans celles qui lui ont été désavantageuses, ce qui serait manifestement injuste; « Mais, ajoute-t-il, cela s'entend en ce sens, qu'après la dissolution de la société, on fera un état de tous les gains que la société a faits, et un état de toutes les pertes qu'elle a faites dans toutes les différentes affaires qu'elle a entreprises, et que si le total des gains excède le total des pertes, cet associé prendra sa part dans l'excédant, et que si, au contraire, le total des pertes excède celui des gains, cet associé n'aura ni profit ni perte. »

Toute autre interprétation serait en effet absurde; elle conduirait aux plus injustes conséquences. Pour s'en convaincre, on n'a qu'à se reporter à ce qui a été précédemment dit sur le

sens des mots *pertes* et *bénéfices*, et sur la manière de les calculer. (1)

262. Assez souvent on insère dans les actes de société et l'on considère comme valable, une clause, par laquelle une somme payable annuellement ou à d'autres termes, est accordée à l'un des associés.

Cette solution ne doit pas être légèrement admise.

Il faut bien peser les termes des conventions, et considérer de quels objets se composent les mises sociales; car des nuances fort légères en apparence peuvent produire des grandes différences dans les résultats.

263. Je conçois que celui qui apporte son industrie stipule qu'une somme fixe lui sera payée chaque année, et qu'en outre il aura une part dans les bénéfices. Cette convention, je ne le nie point, peut être quelquefois valable; mais il est des circonstances où elle devrait être annulée. D'ailleurs, en supposant qu'elle soit maintenue, il importe de connaître quel est son véritable caractère, afin de savoir à quelles règles elle est soumise.

Si le prétendu associé n'a point une autorité égale à celle des autres contractans; s'il est placé sous leurs ordres; s'il doit exécuter, d'après la direction qu'ils lui donnent, certains travaux, et s'il reçoit pour cela un traitement fixe, plus une part

(1) V. *suprà*, nos 220, 221, 222 et 223.

dans les bénéfices, un pareil traité est un louage d'ouvrage dont le prix est en partie aléatoire: ce n'est point une association. Le commis intéressé qui n'a rien de fixe, dont tout le salaire est éventuel et consiste dans une portion des bénéfices, n'est pas un associé (1); à plus forte raison, n'est point associé celui qui, dans la position du commis, a une partie de traitement fixe et assurée.

Si, au contraire, l'associé qui fournit son industrie est placé au même rang que ses co-associés; s'il a une autorité égale, une puissance semblable à celle des autres contractans sur les biens de la société et sur la direction de ses affaires; alors il faut le reconnaître pour associé; mais il faut, pour prononcer sur la nature et l'étendue de ses droits, examiner avec une attention extrême la clause qui les règle.

A-t-on stipulé qu'il prélevera *sur les bénéfices, s'il y en a*, une somme déterminée; il est associé et n'est qu'associé. La convention lui donne une part des profits, peut-être plus considérable qu'aux autres; mais cela est licite. Il est d'ailleurs exposé à perdre sa mise sociale, qui consiste dans son travail; car s'il n'y a pas de bénéfices, il ne recevra rien. Ainsi, aucune atteinte n'est portée à la disposition finale de l'article 1855, qui déclare nulle la stipulation qui affranchit de toute contribution aux pertes les sommes ou effets mis dans la société.

---

(1) V. *suprà*, n° 53.

Toutefois, la société serait nulle, s'il était constant en fait que les bénéfices ne s'élèveraient jamais au-dessus de la somme, dont le prélèvement est autorisé, et que la stipulation a pour effet d'attribuer, d'une manière indirecte, la totalité des bénéfices à l'un des associés, contrairement au premier alinéa de l'article 1855.

S'il est dit dans le contrat, que l'associé aura droit d'exiger annuellement de la société une somme fixe, *alors même qu'il n'y aurait pas de bénéfice*; les conséquences sont autres que celles que j'indiquais à l'instant. Il est évident que, dans cette hypothèse, l'associé ne donne pas toute son industrie à la société, à un seul et unique titre. Une portion est fournie comme apport social, et donne droit à une portion des bénéfices; l'autre est louée et autorise la perception d'un salaire. Il est impossible de considérer autrement la somme qui est donnée à l'un des associés, lorsque la société n'a réalisé aucun bénéfice. Mais, pour cela, il n'est pas vrai que le contrat soit mi-parti de louage et de société (1). Il y a deux contrats distincts; ici le premier est formé entre tous les contractans et crée l'association; le second intervient entre la société représentant tous les associés et agissant comme locataire, d'une part, et l'un des associés procédant en son propre et privé nom, en qualité de loca-

---

(1) C'est une grave erreur de supposer que dans un même contrat peut se trouver une double nature. *V.* ce que j'ai dit à ce sujet, tome XVII (IIe de ma Continuation) n° 406.

teur de son travail, d'autre part. C'est ainsi qu'on voit dans une foule de sociétés, l'un des intéressés fournir une somme d'argent pour sa mise, et en donner une autre à titre de prêt (1). Tout cela est licite et valable. (2)

Maintenant supposons qu'on ait accordé à l'un des associés pour tout droit une somme fixe et invariable, qu'il n'ait rien à espérer au-delà; il se a encore nécessaire de distinguer entre le cas où cette somme ne devra être prélevée que sur les gains, et celui où elle sera due, à tout évènement, la société n'eût-elle produit aucun bénéfice.

Dans la première hypothèse, la stipulation serait valable; elle ne ferait que déterminer, d'une manière aléatoire, la part des bénéfices accordée à l'associé; dans le second cas, elle aurait le caractère d'un louage d'ouvrage pur et simple; elle serait incompatible avec l'existence d'une société; car, en assurant à l'associé le prix entier de son industrie, elle affranchirait sa mise de toute contribution aux pertes, contre la prohibition expresse de l'article 1855; ou plutôt elle ferait disparaître toute idée de mise. (3)

264. Ces solutions sont presque toutes égale-

---

(1) V. *suprà*, n° 218.

(2) *V.* Rousseau de Lacombe, *v°* Société, IIe partie, section II, n° 3.

(3) Rousseau de Lacombe, *v° Société*, IIe partie, sect. II, n° 3, dit que les associés peuvent, sans injustice et sans usure, assurer à l'associé qui apporte son industrie, une certaine somme fixe pour sa part du profit dans la société, pourvu que tout le risque ou la perte

ment vraies : lorsque, au lieu de l'industrie de l'un des associés, c'est la jouissance d'une chose lui appartenant, qui est mise en société.

Si donc il est dit que l'associé prélevera sur les bénéfices une somme déterminée, et qu'il aura, une portion dans le surplus, la convention doit être maintenue, à moins qu'elle ne serve à éluder la règle qui défend d'attribuer tous les bénéfices à l'un des associés.

S'il est stipulé que l'associé aura droit d'exiger cette somme, même en l'absence de tous bénéfices, il y a mise en société de la jouissance d'une partie de la chose, et louage d'une autre partie. Chacun de ces contrats est valable.

Toutefois, la nature des objets compris dans l'apport social peut faire naître une difficulté. Celui qui, ayant mis dans la société une somme d'argent seulement pour la jouissance, aurait stipulé d'abord le paiement d'une somme égale à l'intérêt légal de sa mise, plus une certaine part dans les bénéfices, ne serait pas fondé à réclamer l'exécution de la convention. On lui opposerait qu'elle n'est qu'un prêt usuraire déguisé, comme l'a jugé la Cour de cassation, par un arrêt que j'ai précédemment cité (1). On lui dirait aussi avec raison, qu'il n'y a point d'apport réel, qu'il ne met point dans la société la jouissance d'une somme d'argent,

---

tombe sur eux, parce que alors, c'est plutôt *locatio operarum* qu'une société. Conférences de Condom, t. I. Confér. 10. Sect. Ire.

(1) *V.* Arrêt du 17 avril 1837, *suprà*, n° 58.

puisqu'il reçoit l'intérêt, quel que soit le succès des affaires sociales.

Enfin, s'il n'est accordé à l'associé qu'une somme fixe et invariable, il faut examiner, si elle est payable sur les bénéfices seulement, ou bien si elle est due dans tous les cas, et même en l'absence de bénéfices.

La première stipulation serait valable, comme société. La seconde constituerait un véritable louage. Assuré par celle-ci de recevoir le prix total de la jouissance de sa chose, l'associé ne mettrait réellement rien en commun, il n'y aurait donc pas de société.

Ajoutons que la convention serait entachée d'usure, si la somme, ainsi payable à l'associé, à tout événement, et même sans qu'il y eût de bénéfices, excédait l'intérêt légal d'un capital formant sa mise. (1)

265. Il reste encore à voir quel serait l'effet des diverses stipulations dont il vient d'être parlé, en supposant que la mise sociale consistât dans la propriété même des choses.

Sans aucun doute, on peut valablement convenir que l'un des associés prélèvera sur les bénéfices une certaine somme, et qu'il prendra dans le surplus une portion déterminée; que la somme lui sera due, alors même qu'il n'y aurait pas de bénéfices; qu'il sera réduit pour tout droit dans la société à une somme fixe, à prendre seulement sur les bénéfices, ou qu'il pourra en exiger le paie-

(1) Savary Parère, 21.

ment, qu'il y ait des bénéfices ou qu'il n'y en ait pas. Quelques-unes de ces stipulations assurent, il est vrai, à l'associé qui les a faites, un bénéfice certain, elles l'affranchissent de la contribution à des pertes dont ses coassociés pourront être tenus; quelquefois même, elles lui procureront la totalité des bénéfices. Mais aucune de ces combinaisons ne se trouve atteinte par les prohibitions de l'article 1855. Cet article défend seulement d'affranchir la mise de toute contribution aux pertes; il défend aussi de donner tous les bénéfices à un associé; ce qui n'exclut pas les stipulations aléatoires qui, accidentellement et dans certains cas, peuvent produire cet effet.

266. Rousseaud de Lacombe prévoit encore une autre hypothèse.

« Entre deux associés qui mettent pareille somme dans la société, on ne peut pas, dit-il, stipuler que l'un paiera chaque année une certaine somme à l'autre, quand même on manquerait de gagner, et quoique celui-ci risque son capital de même que le premier. *Secundum se est illicitum pro usu pecuniæ accipere pretium quod dicitur usura. Saint Thomas, 2, quest. 78, art. 1. in corp.* » (1)

Aujourd'hui une pareille stipulation ne serait point nécessairement entachée d'usure. Il faudrait pour cela que la somme attribuée à l'un des associés fût au moins égale à l'intérêt légal de son capi-

(1) V° *Société*, II° part., sect. II, n° 3.

tal. (1) Mais peut-être sous un autre rapport, serait-elle susceptible de critique. Si les mises consistaient seulement en argent et qu'elles fussent égales, on ne comprendrait pas pourquoi l'un des associés aurait un avantage qui ne serait pas accordé à l'autre; pourquoi avec des mises parfaitement semblables, les parts dans les bénéfices seraient différentes. On ne répondrait pas d'une manière satisfaisante à l'objection, en faisant remarquer que les associés sont maîtres de répartir entre eux les profits et les pertes, comme ils le jugent convenable : également, s'ils le trouvent bon, inégalement, si cela leur plaît. Cette liberté n'est pas absolument sans limite. Si l'on maintient la répartition inégale des bénéfices; c'est parce qu'on suppose que les apports étaient eux-mêmes inégaux. Or, ici, on suppose qu'il y a égalité absolue, parfaite, dans les mises qui consistent uniquement en deux sommes d'argent pareilles. A la vérité, pour peu que l'un des associés montre qu'il apporte plus que l'autre, en donnant son industrie, son crédit ou ses relations, la stipulation devra être maintenue.

267. La cour de Rennes et la Cour de cassation ont été récemment appelées à prononcer sur une contestation dans laquelle il s'agissait d'apprécier quelques-unes des stipulations que je viens d'examiner. Les circonstances de l'affaire rendaient plus difficile l'application des principes : aussi

---

(1) V. *suprà*, n° 264.

les arrêts, tout en donnant aux questions une solution juridique, n'ont-ils pas énoncé les véritables règles de la matière.

Un sieur Lebrec avait proposé au sieur Vacheront de former avec lui une société en participation, pour la confection de coiffures et d'équipemens militaires. Les conditions étaient que le sieur Vacheront serait nourri, couché et blanchi dans la maison, et qu'il recevrait la somme de 1200 fr. par an, ou le quart des bénéfices à son choix; qu'à la fin de la troisième année, il participerait à la moitié des bénéfices; et qu'à la quatrième année, il signerait pour la maison sous la raison dont on conviendrait.

Les affaires de la société ont prospéré, et à la fin de la troisième année, le sieur Vacheront a déclaré qu'il optait pour le quart des bénéfices.

Le sieur Lebrec a alors voulu faire rompre la convention, et voici le système qu'il a présenté. Il a soutenu qu'une proposition alternative avait été faite au sieur Vacheront; savoir, un traitement fixe de 1200 francs, ou un quart dans les bénéfices; que le sieur Vacheront avait accepté, mais d'une manière vague et sans dire s'il optait pour le traitement fixe, ou pour la portion des bénéfices; qu'ainsi, le concours de volontés nécessaire pour former le contrat n'avait jamais existé, puisque l'alternative portait sur l'essence même du contrat; qu'en effet, en supposant que la seconde partie de la proposition fût une offre d'association, la première plaçait le sieur Vacheront dans la position d'un commis et non dans la con-

dition d'un associé; car on ne met rien en commun, lorsqu'en donnant son travail et ses soins à une opération, on stipule une somme fixe à laquelle on aura droit, quoiqu'il arrive; qu'ainsi deux contrats bien distincts avaient été proposés, un contrat d'association et un contrat de louage; que dès-lors, pour qu'il y eût de la part de Vacheront un consentement capable de donner naissance à la société, il aurait fallu qu'il optât expressément pour ce contrat; qu'on ne pouvait prétendre que l'option manifestée après trois années dût avoir un effet rétroactif; que si cette option tardive avait pour effet de constituer une société, ce ne pouvait être que pour l'avenir; que l'article 1832 définit la société un contrat, par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice *qui pourra en résulter*; que ces derniers mots indiquent un bénéfice non encore acquis, un bénéfice espéré; que, si les bénéfices sont acquis avant la formation de la société, ils sont la propriété de celui qui les a faits, et l'acte par lequel celui-ci les partage avec un autre, est une donation et non une société; qu'en un mot, le consentement réciproque nécessaire à la formation d'une société doit être donné dans la vue d'un bénéfice futur et éventuel; et non dans la vue d'un bénéfice déjà certain et réalisé.

Qu'au surplus, en supposant qu'il y eût volonté de former une société dès l'origine, et que l'option ne portât que sur le mode de partage des bénéfices, le contrat n'avait pu exister, avant que le

sieur Vacheront eût fait connaître sa volonté; que la société, ayant pour but la répartition des bénéfices, il est essentiel que les parties soient d'accord sur ce point, qu'il ne suffit pas que l'une d'elles ait la faculté de déterminer les parts, de s'attribuer tous les bénéfices, ou de s'affranchir de toute contribution aux pertes; car une pareille stipulation constituerait une société léonine; que telle était précisément la convention intervenue entre les parties, puisque le sieur Vacheront, sans jamais être exposé à perdre, avait droit à des bénéfices, peut-être à la totalité des bénéfices, et même à une somme de 1200 f., quoique la société fût en perte.

Le sieur Vacheront a répondu que l'article 1833 n'interdit point la convention portant que le partage des bénéfices sera ultérieurement fixé, suivant une alternative au choix de l'un des associés; que d'ailleurs, cette stipulation n'a rien de contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public; que l'article 1855 est sans application à l'espèce; qu'il défend, il est vrai, d'attribuer tous les bénéfices à l'un des associés, ou d'affranchir les choses qu'il a mises dans la société de toute contribution aux pertes; mais que, lorsque l'apport consiste dans l'industrie d'un associé, il concourt aux pertes, il perd sa mise, par cela seul qu'il ne reçoit rien pour son travail; que d'ailleurs, le concours de volontés nécessaire pour la formation du contrat avait évidemment existé dès le premier jour; que la faculté d'opter entre deux moyens de partager les bénéfices avait produit un effet rétroactif, lorsqu'elle avait

été exercée; qu'on ne peut dire que si l'option avait été faite *ab initio*, pour la somme annuelle de 1200 fr., la société aurait été léonine et nulle; car il est permis à l'associé qui fournit son industrie de stipuler qu'une somme fixe lui sera payée, pour lui tenir lieu de sa part dans les bénéfices.

Telle est l'exacte analyse des argumens qui ont été respectivement présentés, et qui sont au surplus rapportés avec beaucoup d'étendue dans le recueil de M. Dalloz. (1)

La Cour de Rennes s'est bornée à reproduire la convention des parties, à dire qu'elle constituait une société en participation, et à déclarer qu'après l'expiration de la troisième année, le sieur Vacheron avait le droit de faire son option.

Il faut l'avouer, l'arrêt de la Cour de cassation ne répond pas mieux aux graves objections présentées par le sieur Lebrec.

Il reconnaît d'abord, qu'en décidant que la convention avait le caractère d'une société en participation, la Cour royale n'avait fait que l'apprécier dans la limite de ses attributions.

Il ajoute ensuite que cette convention ne donnait point à l'un des associés la totalité des bénéfices et n'affranchissait aucun d'eux de toute contribution aux pertes; qu'elle laissait seulement à Vacheron l'option d'une alternative dans le mode de partage des bénéfices, et que cette condition de l'association a pu être interprétée par la Cour

(1) M. Dalloz a été le défenseur de M. Vacheron devant la Cour de cassation. C'est une garantie de plus de l'exactitude de l'exposé des faits et des moyens. Dalloz, 37. 1. 219. Sirey-Devilleneuve, 37. 1. 650.

D'ailleurs, dans l'espèce, il n'est pas vrai que l'associé, à qui une somme de 1200 francs était assurée, se trouvât par là à l'abri de toute perte. Evidemment cette somme n'était pas considérée par les contractans comme l'équivalent exact et complet de son travail, de son industrie, puisqu'on lui réservait en outre la chance de prendre une part dans les bénéfices. En un mot, il était placé précisément dans l'une des hypothèses que j'ai examinées précédemment, où un contrat de louage se trouve joint à un contrat de société. (1)

Il faut bien remarquer que, si la faculté d'opter accordée à l'un des associés avait dû être exercée par lui, dès l'origine, son sort aurait été réglé, d'avance, pour le temps de la durée du contrat; et, selon le choix qui aurait été fait, il y aurait eu société, ou louage d'ouvrage; société, si le choix avait porté sur la part dans les bénéfices; louage, si la préférence avait été donnée à la somme fixe. C'est donc précisément l'option rejetée dans l'avenir, qui a imprimé à la convention le caractère de société.

268. Dans l'ancienne jurisprudence, on tenait pour licite la clause, par laquelle la totalité des bénéfices était donnée au survivant des associés. On lit dans Despeisses (2) : « Bien que l'hérédité ne puisse pas être donnée par contrat, *leg. pactum quòd dotali* 15, *Cod. de Pact. et leg. hæreditas* 5. *Cod. de Pact. convent. tam. sup. dot.*; mais seule-

---

(1) V. *suprà*, n° 263.
(2) De la Société, sect. II, § 26.

ment par testament, comme il a été dit *au titre des donations ;* néanmoins, tout ainsi que par privilège particulier, elle peut être donnée par contrat de mariage, comme il a été dit audit lieu, pareillement par un semblable privilège, elle peut être donnée par le contrat de société contre l'avis de *Petr. de Ferrar. in form. libel. in causâ societ. in verb. societatem omnium bonorum. num.* 7. Ainsi ce pacte est valable, que le survivant des associés succédera au prémourant en tous ses biens, soit que ce pacte soit apposé à la convention faite entre les mariés, Philippi, *respons.* 48 *a num.* 12 *usque ad num.* 17; ou bien hors icelui en simple contrat de société, Charondas, *en ses Pandectes,* liv. 2, chap. *de la société*, 33. Masuer, *au titre des associations*, 28, *num.* 20, et Ranchin, *part.* 2, *conclus.* 298 : même ce pacte est irrévocable. Charondas, *en ses Pandectes*, liv. 2, chap. *de la société*, 3, et comme il a été jugé au parlement de Bordeaux. *Boerius Decis.* 355.

« Mais ce pacte a lieu, seulement lorsque le prémourant décède sans enfans, lesdits enfans succéderont nonobstant ledit pacte. Masuer et Ranchin, *dict. locis, Argum. leg. cum acutissimi* 30. *Cod. fideicom.*; où il est dit : que, le décédant chargé de fidéicommis après sa mort, n'est pas obligé à tel fidéicommis s'il laisse des enfans. *Ne videatur testator alienas successiones propriis anteponere.* »

Rousseaud de Lacombe (1) reproduit cette doc-

(1) V° Société, part. II, sect. III, n° 21.

trine, et M. Delvincourt (1) enseigne qu'elle doit être suivie aujourd'hui.

Il me semble que les principes généraux en matière de société et la lecture même du passage de Despeisses, conduisent à une opinion opposée.

Le texte qui défend d'accorder tous les bénéfices à l'un des associés, est ouvertement violé par l'attribution qui en est faite au survivant ; et certainement, l'infraction à la loi n'est pas justifiée, parce que le hasard doit désigner celui à qui elle profitera. Que, par accident, un associé se trouve, dans quelques cas rares et par l'effet de certaines circonstances, appelé à recevoir tous les bénéfices, cela n'emporte pas nullité de la société; mais que l'un ou l'autre doive nécessairement tous les recueillir, c'est absolument impossible.

Autrefois la société pouvait embrasser tous les biens présens et à venir, et c'est d'une société semblable que parle Despeisses, lorsqu'il dit : « ce pacte est valable que le survivant des associés succédera au prémourant *en tous ses biens*. » Dans notre nouvelle législation, les biens présens seuls entrent en société; en sorte qu'il est impossible d'emprunter à l'ancienne jurisprudence une solution relative à un état de choses qui ne peut plus exister.

L'article 1525 du Code civil permet, il est vrai, de stipuler que la totalité de la communauté appartiendra au survivant des époux; et il décide que

(1) Tome III, notes, p. 223.

cette stipulation n'est point réputée un avantage sujet aux règles relatives aux donations, soit quant au fond, soit quant à la forme; mais simplement une convention de mariage et *entre associés*.

L'argument que fournit cette disposition n'est pas difficile à réfuter. D'abord, l'article contient une exception au droit commun; dès lors, on ne doit pas en étendre l'application. En second lieu, il n'y a point d'analogie entre les positions : la faveur due au mariage peut faire tolérer dans la communauté conjugale des stipulations, qu'il n'y a aucune raison d'admettre dans une société ordinaire. Il faut enfin apporter d'autant plus de réserve dans les rapprochemens entre l'une et l'autre, qu'elles se composent d'élémens différens et même contraires : la communauté embrasse les biens à venir; la société ne peut comprendre que des biens présens.

269. La nullité, qui est la sanction des prohibitions de la loi, doit être appliquée, non-seulement lorsque l'infraction est ouverte et formelle, mais aussi lorsqu'elle est déguisée. S'en tenir aux apparences, se contenter d'un feint respect pour les règles établies, ce serait véritablement les sacrifier. Il faut pénétrer au fond des choses, rechercher le vrai sens et l'effet réel des stipulations, examiner surtout si par la combinaison de plusieurs clauses, qui isolées sont valables, on n'arrive pas à former un contrat illicite; et partout où l'on trouvera que les contractans ont fait ce que le législateur défend, on appliquera la peine qu'il a prononcée.

270. Déjà j'ai eu occasion de citer un exemple de ces machinations frauduleuses, qui, sous un vernis de légalité, cachent les plus flagrantes violations de la loi; j'ai montré qu'il y a un prêt usuraire dans la prétendue société que forment un négociant et un capitaliste, et qui est accompagnée d'une convention, par laquelle le premier assure au second d'abord la restitution de son capital, puis, à titre de bénéfices, une somme supérieure à l'intérêt légal du capital. (1)

271. Pothier qui condamne ces stipulations, ainsi réunies dans un même acte, pense qu'elles peuvent être quelquefois valablement placées dans des actes séparés. Il importe de reproduire en entier le passage, où se trouve énoncée son opinion: « Si, dit-il (2), le particulier qui a fait avec un marchand, un contrat de société à laquelle il a apporté une certaine somme d'argent, pour avoir part tant dans le fonds que dans le gain ou la perte de la société, à raison de cette somme, fait dans un temps non suspect, au bout de plusieurs années une convention avec ce marchand, par laquelle il vend son droit dans la société à ce marchand pour le prix de la même somme qu'il a apportée en la société, que le marchand s'oblige de lui rendre à la fin du temps que doit durer la société, avec un certain intérêt par chacun an, cette convention qui n'eût pas été valable, si elle eût été faite dans le temps du contrat et qui eût

(1) V. suprà, n° 38.
(2) Nos 24 et suiv.

passé alors pour un prêt à intérêt déguisé en un faux contrat de société, est-elle valable ayant été faite au bout de plusieurs années? Je pense qu'elle est valable, soit dans le for de la conscience, soit dans le for extérieur. Elle est valable dans le for de la conscience, pourvu que cette convention soit une nouvelle convention, et que le contrat de société n'ait pas été fait avec un pacte secret, que le marchand acheterait du particulier sa part dans la société; elle est pareillement valable dans le for extérieur, parce que le long temps qui s'est écoulé entre le contrat de société et cette convention empêche qu'on ne puisse soupçonner le contrat de société de n'avoir pas été un véritable contrat de société, et d'avoir été fait avec ce pacte secret. Or, y ayant un vrai contrat de société entre les parties, ce particulier, ayant par ce contrat de société, acquis une part dans le fonds de commerce qui fait le fonds de la société, et ce fonds de commerce étant quelque chose de frugifère, ce particulier a pu vendre à son associé sa part dans le fonds de commerce, et retirer des intérêts du prix pour lequel il l'a vendu.

« On doit décider de même, à l'égard du contrat d'assurance par lequel ce particulier, au bout de quelques années, se ferait assurer la somme qu'il a apportée à la société, par le marchand son associé, qui se chargerait à sa décharge de toute la perte qui pourrait survenir dans la société en cas de mauvaise réussite, moyennant une part que ce particulier céderait au marchand dans sa part du gain qu'il avait lieu d'espérer. Ce contrat,

de même que le précédent est très légitime, pourvu que le prix de l'espérance du gain que le particulier cède au marchand, soit égal au prix du risque de la perte dont il le charge.

« Néanmoins, l'auteur des Conférences, tome II, page 70, prétend qu'un associé ne peut faire licitement ce contrat d'assurance avec son associé, quoiqu'il convienne qu'il puisse le faire avec un tiers. Il en donne une fort mauvaise raison, qui est que ce contrat d'assurance détruit, selon lui, le contrat de société, ce qui est faux; car nous avons vu, *suprà*, n° 19, qu'un contrat de société pouvait être valable, quoique l'un des associés ne dût supporter aucune part de la perte (ce qui est bien assurer ce qu'il y a apporté), pourvu qu'il ait donné à ses associés qui se sont chargés du risque de la perte qu'il en devait porter, quelque chose d'équivalent au prix de ce risque.

« L'auteur des Conférences, dans le même endroit, où il condamne le contrat d'assurance par lequel l'un des associés se ferait assurer son apport à la société par l'autre associé, condamne aussi une autre convention par laquelle l'un des associés, sans se faire assurer son apport à la société, et en demeurant sujet à la perte pour sa part, en cas de mauvaise réussite de la société, vendrait sa part dans l'espérance du gain, pour une certaine somme. Je ne vois rien de condamnable dans cette convention. L'espérance du gain d'une société est quelque chose d'appréciable, comme l'est un coup de filet; et je puis la vendre par conséquent, soit à mon associé, soit à un tiers,

de même qu'on peut vendre un coup de filet. Les raisons de l'auteur des Conférences sont que, selon lui, ce contrat de vente que je fais à mon associé du gain incertain que j'espère avoir de la société, *est contraire à l'égalité qui doit se trouver dans les sociétés.* Il aurait dû dire : *dans les contrats;* car il ne s'agit pas ici d'un contrat de société. Le contrat dont il est question, quoiqu'il intervienne entre des associés, n'est pas le contrat de société : c'est un contrat de vente que je fais à mon associé, comme je pourrais le faire à tout autre, de ma part dans l'espérance du gain de la société; au reste, je conviens que l'égalité doit se trouver dans ce contrat : mais elle s'y trouve; car la part que j'ai dans l'espérance incertaine du gain de la société étant quelque chose d'appréciable, il suffit, pour que l'égalité se trouve dans le contrat, que ce qu'on me donne par ce contrat, pour le prix de l'espérance que je vends, soit le juste prix de cette espérance.

« L'auteur de ces Conférences ajoute : *ce contrat de vente assure un profit certain à un associé ; or, entre associés, il ne doit y avoir aucun profit certain ; tout doit y être incertain, tant le capital que les profits.* Si l'auteur entend par là que la part de l'espérance incertaine des profits, ne puisse être appréciée et cédée pour le prix d'une somme certaine, c'est supposer précisément ce qui est en question; ce qui est une pétition de principe et un mauvais raisonnement.

« Si le particulier qui a apporté à un marchand, une somme d'argent pour être avec lui en société de son commerce, avait fait ces contrats de vente

et d'assurance de sa part, peu après le contrat de société, il y aurait lieu de présumer qu'ils ne seraient que l'exécution d'un pacte secret apposé au contrat de société; et, en conséquence, dans le for extérieur, ces contrats aussi bien que le contrat de société devraient être déclarés nuls et simulés, comme n'étant faits que pour déguiser un prêt usuraire de la somme d'argent apportée au marchand par le particulier. »

272. Pour apprécier ces solutions et décider si elles doivent être aujourd'hui accueillies, il faut d'abord tenir compte des changemens survenus dans la législation. Elle a été modifiée, en ce que autrefois le prêt à intérêt était absolument prohibé, tandis qu'aujourd'hui il est licite au taux fixé par la loi. Sous l'empire de l'ancienne jurisprudence, il était permis de stipuler que la mise de l'un des associés ne serait exposée à aucune perte; et maintenant cela est expressément défendu. (1)

En second lieu avant d'entrer dans les détails et de s'attacher aux espèces, il est nécessaire de bien comprendre l'influence qu'exercent les uns sur les autres des contrats successifs entre les mêmes parties; il faut décider, en thèse générale, s'il y a quelque différence dans les effets des conventions, lorsqu'elles sont réunies dans un même acte, et lorsqu'elles sont contenues dans des actes distincts et faits à certains intervalles.

Je crois fermement que le trait de temps écoulé entre deux ou plusieurs conventions ne doit rien

(1) Voy. Cod. civ. art. 1855.

changer aux conséquences qu'elles produisent; qu'au fur et à mesure qu'elles interviennent, elles se fondent, se combinent, et qu'ainsi unies, elles ont le résultat qu'elles auraient eu, si elles avaient été faites dans un seul et même jour, dans un seul et même acte; sauf, toutefois, les effets particuliers qu'auront produits les premières, avant que les secondes les aient modifiées. Si j'établis avec une ou plusieurs personnes des relations qui constituent une société, et que, six mois ou un an après, je fasse avec mes associés une convention qui change nos rapports, qui leur enlève précisément ce qui leur donnait le caractère d'une société, évidemment, la société aura cessé d'exister. Pothier lui-même a senti cette vérité, et il lui rend involontairement hommage, comme j'aurai bientôt l'occasion de le faire remarquer.

Il est vrai, au surplus, que l'on doit examiner si le nouveau contrat est l'expression sérieuse et sincère d'une nouvelle volonté, ou s'il n'est que l'exécution d'un pacte secret, arrêté au moment où la première convention a été faite, et destiné à en changer la nature. Dans un cas, il y aura eu deux contrats successifs, dont j'ai expliqué les conséquences; dans l'autre, un seul contrat, dont on aura cherché à déguiser le véritable caractère, qu'il faut ramener à la vérité, et dont on doit apprécier la validité et les effets, en s'attachant à ce que les parties ont réellement eu l'intention de faire, dès l'origine.

273. Ceci posé, reprenons les différentes hypothèses qu'a prévues Pothier.

Sans doute, l'un des associés peut, lorsque la société a déjà duré un certain temps, vendre son droit à son co-associé, moyennant un prix, productif d'intérêt au taux légal; mais après cette convention, il n'y a plus de société. Sous l'ancienne législation, pour justifier la stipulation d'un intérêt quelconque, on était obligé de s'attacher à cette considération, que l'objet de la société était frugifère; maintenant, pourvu que l'intérêt n'excède pas la limite posée par la loi du 3 septembre 1807, il n'y a aucun reproche à adresser à la convention.

Toutefois, si le prix de la vente est supérieur à la somme, formant l'apport de l'associé vendeur, s'il est d'ailleurs établi que la société n'était qu'une fiction, et qu'au moment même où elle était contractée, on convenait que la vente aurait lieu moyennant le prix convenu; qu'ainsi dans la réalité, c'est un prêt qui a été fait, et que par suite de l'augmentation du capital prêté, il y a perception d'intérêts usuraires, on devra appliquer la loi prohibitive et les peines qu'elle prononce.

274. Supposons maintenant, qu'après avoir contracté une société sérieuse et valable, et même long-temps après, l'un des associés assure contre toute perte, la mise de l'autre, moyennant une portion des bénéfices de celui-ci; ces deux conventions, considérées isolément, seront parfaitement légales; et cependant leur réunion présentera une société nulle. En effet, quels rapports auront-elles établis entre les contractans? Ce seront des rapports d'associés, dont l'un ne courra

aucune chance de perte pour sa mise. Pothier avoue que c'est là leur résultat. Pourquoi, malgré cela, pense-t-il que la société continue à exister? C'est que, de son temps, il était de principe *qu'un contrat de société pouvait être valable, quoique l'un des associés ne dût supporter aucune part de la perte (ce qui est bien assurer ce qu'il y a apporté)*. Aujourd'hui c'est le principe contraire qui nous régit. Il nous conduit, par conséquent, à la conclusion opposée.

Ainsi se trouve réfutée l'objection prise de ce que l'assurance faite par un tiers serait valable. En effet, aucune loi ne défend aux tiers d'assurer des objets mis en société; mais ce qui est permis aux tiers est expressément défendu aux associés entre eux, par la disposition qui ne permet pas de stipuler qu'une mise sociale sera affranchie de toute contribution aux pertes (1).

275. Qu'on remarque, cependant, que la position des associés peut se présenter avec des nuances différentes. Ou l'assuré donne, à titre de prime, une portion de ses bénéfices, et alors incontestablement il est sûr de retrouver sa mise entière et complète, et la société est nulle. Ou bien, il promet, pour prix de l'assurance, une somme fixe et certaine, sans qu'il puisse se dispenser de la payer, quand bien même il n'aurait aucun bénéfice. On comprend que cette prime ainsi payée ébréchera nécessairement la mise, que celle-ci reste par conséquent exposée à quelques chances

(1) Rogues, Jurisprudence consulaire, ch. 59.

de perte. Malgré cela, je crois qu'il faut maintenir la solution. D'une part, cette perte serait ordinairement très minime; de l'autre, elle ne serait point le résultat des opérations de la société; elle aurait pour cause le contrat d'assurance : il serait donc vrai que les objets apportés à la société seraient affranchis de toute contribution aux pertes sociales.

276. Enfin, je reconnais que quelquefois un associé peut valablement se faire assurer par un autre sa part dans les bénéfices, ou la lui vendre moyennant une somme fixe. Cela revient à stipuler que l'un des associés aura une somme déterminée pour tout droit dans la société. J'ai déjà montré que les effets de cette clause varient selon la nature de l'apport; qu'ils ne sont pas les mêmes lorsque l'associé, au profit duquel elle est insérée, apporte son industrie, et lorsqu'il met en société la propriété ou seulement la jouissance des choses qui composent sa mise. Je dois renvoyer à ce que j'ai dit précédemment à cet égard (1).

277. Lorsque les parties auront réglé la répartition des bénéfices ou des pertes contrairement aux prohibitions de la loi, non seulement la clause sera nulle, mais elle entraînera la nullité de la société. On ne doit point maintenir la convention dans ses autres parties et procéder à la fixation des droits des associés dans les bénéfices et dans les pertes, comme si les contractans avaient gardé le silence. Il est inutile d'insister sur ce point; je ne

(1) V. *suprà*, nos 262 et suiv.

fais ici qu'appliquer la règle générale que j'ai établie, en traitant la question de savoir, si une société universelle qui comprend les biens présens et à venir est nulle pour le tout, ou si elle doit être réduite aux biens présens. (1)

278. Quoique les bénéfices soient distincts du fonds social, puisqu'ils consistent précisément dans l'excédant que présente l'actif de la société au moment du partage, sur la valeur des mises au moment du contrat; cependant la part assignée à chaque associé dans les bénéfices est aussi celle qu'il doit obtenir dans le fonds commun, à moins de convention contraire.

Il n'est pas besoin de dire que si, à cause de la nature de l'apport qui consistait seulement dans la jouissance des choses qui le composent, ou par l'effet de quelques stipulations particulières, il y a des prélèvemens à opérer, ils seront faits avant toute distribution du fonds commun.

Quant aux pertes, elles se répartissent tout naturellement, lorsqu'elles consistent dans la diminution du fonds commun, puisque chacun se trouve appelé à partager une masse moins considérable. S'il s'agit de charges auxquelles le fonds social entier ne peut suffire, et qui, après qu'il est absorbé, grèvent encore la société, chaque associé en supporte la portion que lui assigne la convention, ou la loi, si la convention est muette.

(1) V. *suprà*, n° 103. *Contrà*, M. Delvincourt, tome III, notes, page 223.

§ IV.

De l'administration de la société.

SOMMAIRE.

les associés ne peuvent la révoquer, et l'administrateur ne peut abdiquer ses fonctions.

2. *Lorsque la désignation est faite par acte postérieur, les pouvoirs sont révocables, comme ceux d'un simple mandataire.*

3. *Mais la révocation ne peut être prononcée que par la majorité.*

4. *Rien n'empêche de stipuler que la nomination faite par l'acte même de société sera révocable, que celle faite par un acte postérieur ne pourra être révoquée.*

5. *La cessation des fonctions de l'administrateur nommé par l'acte de société entraîne la dissolution.*

6. *Cela est-il vrai même pour les sociétés en commandite par actions? Renvoi.*

7. *En général, les pouvoirs de l'associé nommé par l'acte de société et ceux de l'associé choisi par un acte postérieur sont les mêmes.*

8. *Toutefois, le premier est plus que le mandataire de ses associés, il est le représentant de la société.*

9. *Au lieu d'un administrateur, on peut en nommer plusieurs.*

10. *Comment ils concourent à l'administration.*

1. *Si chacun a reçu des attributions spéciales, il doit s'y renfermer.*

2. *S'il a été stipulé que l'un ne pourra rien faire sans l'autre, cette clause doit être rigoureusement observée;*

3. *Sauf les cas d'urgence.*

4. *Entre les administrateurs, la majorité ne peut l'emporter sur la minorité.*

5. *Moyen de vaincre la résistance d'un administrateur de mauvaise foi ou opiniâtre.*

6. *Application au cas où plusieurs administrateurs sont nommés, des solutions données pour le cas où il n'y en a qu'un.*

7. *La désignation d'un ou de plusieurs administrateurs ôte aux autres associés le pouvoir d'administrer.*

8. *Etendue des pouvoirs des administrateurs.*

309. *La capacité est la même, soit que tous administrent, conformément au droit commun, soit qu'il y ait des administrateurs désignés.*

310. *Les pouvoirs d'un administrateur s'étendent souvent au-delà de ceux d'un simple mandataire, notamment à des actes d'aliénation.*

311. *Un administrateur ne peut disposer par donation des choses qu'il a le droit de vendre.*

312. *Il peut poursuivre les débiteurs de la société, faire les actes conservatoires, et recevoir les sommes dues.*

313. *Il ne peut consentir la remise d'une dette.*

314. *Il ne peut contracter d'emprunt.*

315. *Il peut donner à bail les biens de la société.*

316. *Il peut plaider seul, au nom de la société.*

317. *Suite; examen d'un arrêt de la Cour de cassation, et de l'opinion de M. Boncenne.*

318. *Toutefois, le pouvoir attribué à l'administrateur d'une société de la représenter en justice n'existe, qu'autant qu'il s'agit de choses qui rentrent dans l'administration.*

319. *Il n'appartient point à l'administrateur révocable, nommé par acte postérieur au contrat de société.*

320. *L'administrateur peut transiger et compromettre sur les objets qui rentrent dans l'administration.*

321. *Il ne peut faire d'innovations sur les choses de la société. Distinctions.*

322. *De la responsabilité de l'administrateur.*

323. *Il doit aux affaires de la société les soins d'un bon père de famille.*

324. *Il est tenu de ses fautes; il n'y a pas lieu de rétablir l'ancienne distinction entre les fautes lourdes, légères et très légères.*

325. *Il ne faut point juger les actes par leurs résultats. On doit distinguer entre la faute et le malheur.*

326. *L'administrateur peut être tenu, quoiqu'il ait appliqué aux affaires de la société la même vigilance qu'aux siennes.*

327. *Résumé.*

328. *La responsabilité sera plus sévèrement appliquée, si l'administrateur reçoit, à raison de ses fonctions, ou un salaire, ou une part plus grande dans les bénéfices;*

329. *Si un associé non administrateur s'est immiscé dans la gestion et a causé une perte par sa faute.*

330. *L'administrateur doit la réparation de la perte qu'il a causée à la société, ou du bénéfice dont il l'a privée par sa faute.*

331. *Il ne peut compenser avec les dommages dont il est tenu, les profits que son industrie aurait procurés à la société.*

332. *Lorsque l'intérêt de l'associé-administrateur est en opposition avec celui de la société, il doit, si cela est possible, répartir le danger. Il n'est pas tenu de sacrifier sa chose pour conserver celle de la société.*

333. *Textes dont on peut induire cette règle. Articles* 1848 *et* 1849.

334. *Pour que l'imputation dont parle l'article* 1848 *ait lieu, il faut que la créance de la société et celle de l'associé soient également exigibles;*

335. *Et qu'il n'y ait pas pour le débiteur plus d'intérêt à se libérer envers l'associé, qu'envers la société.*

336. *Le débiteur est maître d'imputer son paiement sur l'une des deux créances, bien qu'elles soient de même nature; mais cette imputation sera sans effet pour la société.*

337. *Les règles ci-dessus énoncées s'appliquent au cas de paiemens faits avant l'exigibilité des dettes;*

338. *Et à celui où il n'y a pas eu d'imputation formellement faite.*

339. *Lorsque la dette de l'associé est éteinte par la compensation, la société n'a rien à réclamer de l'associé.*

340. *Les obligations de l'associé envers la société ne sont pas réciproquement imposées à la société envers l'associé.*

341. *Lorsqu'il y a des administrateurs nommés, l'article* 1848 *n'est pas applicable aux autres associés.*

342. *L'associé qui a reçu sa part de la créance commune doit la rapporter à la masse. Celui qui a vendu sa part de la chose commune doit également dans tous les cas en rapporter le prix.*

343. *L'administrateur doit rendre compte de sa gestion à certains intervalles.*

344. *Le solde de son compte produit intérêt de plein droit.*

345. *Différence entre l'associé administrateur et l'associé non administrateur qui reçoit des sommes pour le compte de la société.*

346. *L'associé administrateur peut, selon les circonstances, être tenu de dommages-intérêts supérieurs aux intérêts calculés au taux légal.*

347. *Droits de l'administrateur contre la société. Il a action pour les sommes qu'il a déboursées, pour les obligations qu'il a contractées, et pour les pertes qu'il a éprouvées.*

348. *Il a droit aux intérêts de ses avances.*

349. *Il suffit que les dépenses aient eu lieu, ou que les obligations aient été contractées de bonne foi, pour que l'indemnité soit due.*

350. *Les pertes, dont il lui est dû réparation, sont celles qui ont eu pour cause immédiate et nécessaire la gestion.*

351. *Exemples puisés dans Pothier.*

352. *L'associé administrateur n'a point droit à une indemnité, à raison de la perte d'un objet mis par lui dans la société, pour la jouissance seulement.*

353. *Dans tous les cas, il doit supporter sa part de l'indemnité, dont est tenue la société.*

354. *Chaque associé est obligé, non pour une part égale, mais dans la proportion de son intérêt dans la société.*

355. *S'il y a un associé insolvable, sa part est supportée proportionnellement par tous les autres, y compris celui à qui est due l'indemnité.*

356. *L'indemnité pour avances, pour obligations, ou pour*

pertes peut être réclamée sur les biens personnels des associés, en cas d'insuffisance de l'actif social.

357. *Explications sur certaines dispositions de l'article* 1859 *et sur les articles* 1860 *et* 18 *Renvoi.*

279. M. Bouteville, dans son rapport au tribunat, s'exprimait en ces termes :

« Quant à l'administration du fonds social, comment la sagesse du législateur peut et doit-elle intervenir sur ce point? D'abord par la sage précaution d'avertir ici, comme sur toute espèce de conventions, des inconvéniens que le silence des contractans ne manque jamais d'entraîner; en cherchant ensuite à prévoir les clauses les plus usitées; enfin à suppléer, par des règles aux lois, que les intéressés ont toujours le droit et souvent seuls le moyen, mais que trop souvent aussi ils négligent de se dicter.

« Les dispositions du projet ne peuvent donc avoir trait qu'au cas où les parties ont et à celui où elles n'ont pas eu le soin de s'expliquer sur l'administration du fonds social ». (1)

Ce passage indique la distribution des dispositions de la loi; on y voit qu'elles sont de deux sortes : les unes traçant des règles pour suppléer au silence des parties, les autres expliquant les conventions qui sont le plus fréquemment insérées dans les actes de société.

280. On y trouve aussi l'expression de cette

(1) M. Locré, tome XIV, pages 538 et 539.

pensée, que liberté entière est laissée aux contractans pour l'organisation du pouvoir chargé de diriger les affaires sociales.

281. Il eût été préférable que la loi eût parlé d'un ton plus impératif, et que, sans ôter aux volontés privées toute influence, elle les eût dominées par la sienne; qu'elle eût, par exemple, obligé les membres des sociétés, surtout des sociétés nombreuses, à se donner un ou plusieurs chefs, responsables de leurs actes, comptables de leur gestion, n'ayant que des pouvoirs limités, mais investis de l'autorité nécessaire pour administrer avec ensemble et suite les choses communes.

Souvent, par des motifs moins graves et dans un but moins utile, le législateur a admis des restrictions au principe de la liberté des conventions. Ainsi nous avons vu, dans le paragraphe précédent, qu'il n'est pas permis de distribuer, contrairement à l'équité les parts dans les pertes et les bénéfices, et d'affranchir les objets composant les mises sociales de toute contribution aux pertes. Ces prohibitions, fort sages sans doute, ne sont pas cependant aussi nécessaires que les règles, dont je signale et je regrette l'omission.

Du moins, si l'on croyait devoir respecter le ~~droit pour chacun de constituer, par des conven-~~tions formelles, des associations livrées au conflit de toutes les volontés; on pouvait, pour le cas, où le silence du contrat laissait le champ libre, établir un mode d'administration régulier, homogène, et propre à assurer la prospérité de la

société. Loin de là, un pouvoir égal est donné par la loi à tous les associés; et c'est évidemment l'hésitation, l'incertitude, la mutabilité des vues, souvent même la mésintelligence qu'elle prépose à la direction des affaires sociales (1). On a voulu, surtout, assurer à chacun la jouissance des choses communes (2), ce qui ne doit être qu'un effet accidentel et accessoire des associations; au lieu de songer à rendre plus facile et plus sûre la production des bénéfices, qui est le but principal et même le but unique du contrat de société. (3)

282. Ainsi, à défaut de stipulations spéciales sur le mode d'administration, les associés sont censés s'être donné le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre. (4)

283. Ajoutons qu'ils s'en font une obligation réciproque.

« Si le contrat de société se tait sur l'administration, disait M. Boutteville (5), la faculté et *le devoir* pour chaque associé d'y concourir, le droit d'user des choses communes, etc., etc., telles sont les conséquences naturelles et nécessaires du silence des contractans. »

284. Il suit de là que ce qui est fait par chacun est valable, même pour la part de ses associés, sans qu'il ait pris leur consentement. (6)

---

(1) Voy. suprà, nº 7, etc.
(2) Art. 1859, 2°.
(3) Art. 1832.
(4) Art. 1859.
(5) *Loc. cit.*
(6) Art. 1859, 1°.

285. Ces pouvoirs ainsi distribués entre tous les membres de l'association se servent respectivement de limites; le projet formé par un associé ne peut donc être exécuté, si les autres ou l'un d'eux s'y opposent avant que l'opération soit conclue. C'est encore là et presque textuellement la disposition de l'article 1859, n. 1. Papinien justifiait l'influence accordée à l'opposition d'un associé en disant : *In re pari potiorem causam esse prohibentis constat* (1); et tous les jurisconsultes ont reproduit cette explication (2). Il me semble que, sans parler d'une préférence dont il serait difficile d'indiquer la raison, il suffit de faire remarquer que, de même qu'un corps placé entre deux forces égales, agissant en sens contraire, reste immobile; de même des actes, soumis à deux volontés opposées et ayant une semblable puissance, restent suspendus.

286. La destinée des sociétés serait gravement compromise, si de pareilles collisions devaient souvent se reproduire, et s'il n'y avait aucun moyen de conciliation entre ces puissances rivales. Cependant le législateur n'a montré nul souci des déchiremens intérieurs, auxquels sont ainsi exposées les associations; il a compté sans doute sur le bon esprit, ou même, sur le bon caractère de quelques-uns des membres qui les composent; il a espéré qu'il y en aurait toujours d'assez raison-

(1) L. 28. ff. *com. div.*

(2) Pothier, de la Société, n° 87 et suiv.; Delvincourt, tome III, notes, page 225; Duranton, tome XVII, n° 440.

nables pour ne pas soutenir jusqu'au bout des luttes si fatales aux intérêts communs. Quant aux sociétés nombreuses, où les dissensions seraient évidemment interminables, il s'est reposé sur la prévoyance des contractans; il a pensé qu'ils songeraient à organiser une administration assez forte pour dominer les esprits récalcitrans et vaincre les résistances individuelles.

L'expérience prouve chaque jour qu'il fallait moins laisser à la prudence des parties, ou pour mieux dire au hasard.

Les stipulations relatives à la gestion sont ordinairement incomplètes et mal combinées. Tantôt elles livrent la société à des gérans armés d'une autorité absolue; tantôt elles multiplient pour ceux-ci les difficultés et les entraves, et les réduisent presque à l'inaction.

Si le contrat garde le silence, l'anarchie est à craindre et la marche de la société paraît devoir s'arrêter devant la persistance des volontés contraires.

Dans l'état actuel de la législation y a-t-il un remède à ce mal, et quel est-il?

Je l'ai déjà dit, lorsqu'une convention expresse a fait la distribution des pouvoirs qui doivent diriger la société, la règle est tracée; bonne ou mauvaise, il n'est pas possible de s'y soustraire.

Mais lorsque rien n'a été stipulé, et que par conséquent chaque associé est administrateur avec un pouvoir égal, il n'y a pas d'autre moyen, pour mettre un terme aux dissentimens, que d'appeler tous les associés à délibérer sur les intérêts communs, et d'accorder à la majorité le droit de dé-

cilier. M. Pardessus n'hésite pas à le lui attribuer (1) par le motif que, « si les associés sont plus de deux, il ne serait pas moins difficile d'obtenir l'unanimité des opinions, que déraisonnable de ne rien faire, parce que tous les intéressés ne seraient pas d'accord. »

La disposition de l'article 1859, qui reconnaît à chaque associé le droit de s'opposer à une opération avant qu'elle soit consommée, ne doit pas s'entendre en ce sens, qu'une résistance individuelle élève un obstacle absolu, que ne puisse surmonter la volonté du plus grand nombre. Elle signifie seulement que l'opposition d'un associé suffit pour arrêter l'exécution d'une opération projetée par un ou plusieurs autres; mais cet obstacle temporaire doit céder à la décision de la majorité.

Il faut bien qu'il en soit ainsi, quoique la loi ne le dise pas expressément; car réduire la société à l'inaction parce qu'un associé refuserait obstinément de consentir à une opération, ce serait, en définitive, faire prévaloir le vœu de la minorité dans les délibérations sociales. Les mœurs et les opinions de notre temps, non moins que la raison, condamnent un pareil système; et je ne présume pas, qu'on songe sérieusement à l'appuyer sur l'axiome: *in re pari potiorem causam esse prohibentis constat*. Si la loi romaine, à laquelle est emprunté ce brocard, avait précisément prévu la question, ce qui est certainement fort douteux; malgré cette grave au-

(1) Cours de droit commercial, tome IV, n° 979.

torité, il ne faudrait pas moins s'en tenir à l'idée simple et juste, qui fait de la majorité des associés le pouvoir régulateur des opérations sociales.

Quelques auteurs, notamment Bacquet (1) et Despeisses (2), établissent une distinction qui, mal comprise, paraîtrait repousser l'opinion que j'adopte. Ils enseignent que, lorsqu'une chose est commune à plusieurs, comme personnes particulières et singulières, ce qui est fait par le plus grand nombre ne lie point les autres; mais qu'au contraire, lorsqu'une chose est commune à plusieurs faisant collége ou université, ce qui est fait par la plus grande partie d'eux doit être gardé et entretenu par les autres, pourvu que ceux-ci aient été légitimement appelés.

Voici la raison qu'ils donnent pour accorder, dans un cas, à la majorité, une influence qu'ils lui refusent dans l'autre. « Celui auquel, disent-ils, quelque chose est commune avec plusieurs comme personnes particulières et singulières, a certaine part et portion de la chose; mais ce qui est commun à plusieurs comme représentant un collége ou une université ne peut pas être dit appartenir en partie à un seul dudit collége ou université, mais à l'université ou collége. C'est pourquoi, ajoutent-ils, on a cru juste que celui qui avait certaine portion en la chose commune ne fût pas obligé de suivre la volonté de ses associés, qui ne peu-

(1) Traité des droits de justice, chap. 29, n° 24.

(2) De la Société, sect. II, nos 8 et 9.

veût rien faire à son préjudice; mais que celui qui ne pouvait pas dire y avoir aucune part certaine ne jouissait pas de ce droit. »

Par ces locutions *collége* ou *université*, entendait-on désigner exclusivement des corporations ou établissemens publics, et était-il à raison de ce caractère, que la volonté du plus grand nombre était déclarée prépondérante (1)? Ou bien la distinction était-elle fondée sur la différence qui existe entre le fait de communauté et l'état de société? Quoiqu'on pût conclure de quelques expressions contenues dans le passage que j'ai cité qu'entre associés proprement dits, on reconnaissait à un seul le droit de résister aux délibérations prises par plusieurs; dans la réalité, l'autorité accordée au vote de la majorité était subordonnée à la question de savoir si chaque cointéressé était ou n'était pas propriétaire d'une partie distincte et certaine de la chose commune. C'est là ce que Despeisses trouve juste et c'est ce qui est en effet décisif. Lorsque chacun, malgré l'état d'indivision et de communauté, reste propriétaire de sa part, il n'est pas possible de l'assujétir, quant au mode de jouissance et d'admini-

(1) On pourrait citer en faveur de cette opinion, quelques textes et notamment le paragraphe 6, tit. I, liv. II des Institutes ainsi conçu: *Universitatis sunt, non singulorum, quæ in civitatibus sunt theatra, stadia et his similia, et si qua alia sunt communia civitatum.* Mais Vinnius fait remarquer que le mot *université* a un sens plus étendu que le mot *cité*, car il comprend les colléges, *les sociétés* et les autres corps de cette espèce, auxquels il est permis, à l'exemple de la république d'avoir des choses et une caisse communes. *V.* Vinnius, *loc. cit.* *Contrà* M. Toullier, tome XII, n° 82.

stration, à la volonté de ses co-propriétaires. Quand, au contraire, une société a été constituée, c'est à la personne civile (1) formée par la réunion de tous les associés qu'appartiennent les choses mises en commun; et par conséquent il est rationnel de régler la gestion, selon le vœu de la majorité. (2)

287. Cette théorie n'est point en contradiction avec ce qui a été dit précédemment, que la volonté d'un seul associé suffit pour empêcher toute modification aux stipulations de l'acte constitutif de la société. M. Pardessus, qui m'a paru avoir, sur ce dernier point, accordé peut-être trop d'influence au vœu de la majorité (3), établit très bien la distinction entre le cas, où il s'agit de changer les clauses constitutives de la société, et celui où il n'y a qu'à prononcer sur la marche et les actes de l'administration.

« Les délibérations de la majorité, dit-il, n'ont de force que pour ce qui concerne l'administration, elles ne pourraient changer les conditions primitives ou constituantes de la société, si l'acte lui-même n'y autorise. Cet acte est la réunion des conditions sans lesquelles l'association n'aurait pas eu lieu et qui doivent être exécutées, quelque

(1) V. *infrà*, n° 316 et 317 et dans la section II du présent chapitre, la justification de cette théorie qu'une société est une personne civile.

(2) *Voy.* l'Enchiridion d'Imbert, § *le tiers compagnon ne peut faire que la colation de la chose commune faite par les deux ne vaille.* Il cite Balde, Barthole, Paul de Castro, lesquels enseignent, mais avec quelques restrictions, la doctrine que j'ai présentée.

(3) *Voy.* ce que j'ai dit, *suprà*, n° 216.

nombreux que soient ceux qui veulent y déroger. L'unanimité des associés pourrait seule apporter des modifications à un acte qui est lui-même l'ouvrage de l'unanimité de ceux qui l'ont primitivement signé. Celui ou ceux qui forment la minorité sont fondés à prétendre que ce n'est que sous la foi de l'invariable exécution des conditions relatives au mode de délibérer qu'ils se sont associés. » (1)

288. Le pouvoir de la majorité une fois reconnu, il faut s'occuper de son organisation. D'abord, il y a lieu d'examiner comment doivent se compter les suffrages. Accordera-t-on à chaque associé une voix, quel que soit son intérêt dans la société, ou bien calculera-t-on la puissance du vote de chacun sur l'importance de ses droits? M. Pardessus fait remarquer « qu'en faveur de cette dernière opinion, il est possible d'invoquer les principes généraux qui considèrent l'intérêt comme le premier mobile, et qu'il a déjà présenté l'application de ces principes, en ce qui concerne les co-propriétaires d'un navire. Néanmoins, ajoute-t-il, on ne doit pas se dissimuler que cet exemple est évidemment une exception aux règles sur les sociétés ordinaires, exception fondée sur l'objet particulier du commerce maritime. D'ailleurs, la mise n'est pas toujours la mesure exacte de l'intérêt social. Dans les sociétés commerciales, les associés sont tenus indéfiniment et solidairement envers

(1) Cours de droit commercial, tome IV, n° 980.

les créanciers, et ce n'est que par exception que ce principe est modifié dans certains cas spécialement prévus : chacun doit donc avoir une influence égale dans les déterminations à prendre. » (1)

Si dans les sociétés civiles, les associés ne sont pas tenus solidairement et indéfiniment envers les tiers, motif présenté comme déterminant en matière commerciale, ils sont tenus chacun pour une somme égale, encore que leurs parts dans la société soient différentes (2). Ainsi, sous ce rapport, il y aurait même raison pour accorder à chaque votant une égale influence dans les délibérations.

Mais à cette solution on peut opposer des objections graves. Toutes les délibérations n'ont pas pour effet d'engager la société envers les tiers ; même celles qui ont ce résultat se résolvent nécessairement en pertes ou en bénéfices, dont la répartition, on le sait, en matière civile comme en matière commerciale, se fait entre les associés proportionnellement à leurs mises.

Il n'est donc pas vrai que tous soient également intéressés aux délibérations, également compromis par leurs suites ; par conséquent, la question, que l'on éludait en établissant l'identité d'intérêt de chaque associé, se reproduit, et il faut se décider à l'aborder de front. Elle paraît d'autant plus ardue, d'autant plus digne de sérieuses méditations, qu'il semble que sa solution doit trouver de l'écho dans les régions les plus élevées du droit

(1) Cours de droit commercial, tome IV, n° 979.
(2) Cod. civ. art. 1863.

public. On est, en effet, tenté de présenter ainsi le problème : dans toute association, vaste ou limitée, industrielle ou politique, publique ou privée, les mêmes pouvoirs doivent-ils être attribués à chaque membre; ou, au contraire, convient-il de les distribuer entre eux dans la proportion des apports et des intérêts? Mais ce serait multiplier témérairement et sans nécessité les chances d'erreur toujours trop nombreuses, que d'embrasser dans une même vue la fiction du *Contrat social* et la réalité des actes constitutifs des sociétés privées; d'apprécier à-la-fois les liens que créent les conventions expresses de quelques contractans et les rapports qui naissent du concours tacite des volontés dans une nation; d'interroger en même temps le droit civil et le droit politique. Rien ne m'oblige à cette double et périlleuse épreuve. Heureusement j'ai pour thème exclusif les lois civiles, pour objet spécial l'étude des relations privées; je dois déterminer la force des votes de chaque associé et non la puissance du suffrage de chaque citoyen.

On vient de voir que, favorables ou funestes, les effets des résolutions prises par les membres d'une société se distribuent, en définitive, selon la part déterminée pour chacun dans les pertes ou dans les bénéfices. Il semble donc naturel de conclure que l'autorité doit être partagée entre les associés, d'après les mêmes bases. Fallût-il chercher la solution de la question, en se plaçant exclusivement à ce point de vue, il y aurait encore à réfléchir, avant d'a-

dopter cette conséquence qui paraît d'abord si logiquement déduite. Mais la difficulté se présente sous un autre aspect que M. Pardessus a fort bien saisi. Il a fait remarquer que les membres des sociétés sont tenus solidairement envers les tiers; j'ai complété l'observation, en rappelant que dans les sociétés civiles, chacun est obligé pour une portion égale; en sorte que, sous ce rapport, la position de tous les associés est la même, et leur intérêt véritablement semblable, malgré la différence de leurs apports et l'inégalité de leurs droits dans l'actif social. Si donc, on envisage les résultats définitifs des délibérations des associés, on est porté à accorder à chacun autant de voix qu'il a de parts dans les bénéfices ou dans les pertes; si l'on considère la manière dont ils sont tenus envers les tiers, on est conduit à donner à tous la même autorité. Il faut opter entre ces deux systèmes. Le second s'attache à un effet exceptionnel et transitoire des délibérations; car toutes n'engendrent pas des obligations envers les tiers, et d'ailleurs lorsqu'un associé a payé à un créancier de la société plus que sa part proportionnelle, il est indemnisé dans la liquidation. Le premier, au contraire, va au fond des choses et s'appuie sur des résultats constans et généraux.

Cependant, c'est l'égalité de droits pour chaque associé qui doit, à mon avis, l'emporter. Autrement, il arriverait que l'un des associés, ayant à lui seul un intérêt plus grand que les intérêts réunis de tous les autres, serait l'arbitre souverain de la société; l'administration lui appartiendrait en entier; il n'y aurait

plus qu'un simulacre de délibération, puisque seul il ferait la majorité. Même lorsque les choses ne seraient pas poussées à cette extrémité, lorsque aucun des associés ne se trouverait ainsi érigé par la quotité de son apport, en maître absolu des autres, il y aurait toujours un grand danger à donner aux volontés de quelques-uns la prépondérance sur le vœu du plus grand nombre. Je comprendrais qu'on ne réduisît pas à l'égalité absolue des associés inégalement intéressés dans les opérations sociales, et qu'on donnât un léger surcroît d'autorité, un vote un peu plus puissant, à celui dont l'apport serait plus considérable. Par là, d'une part, l'intérêt de chacun ne serait pas absolument sans influence sur l'étendue de son pouvoir; et d'un autre côté, on n'étoufferait pas l'opinion de tous sous l'opinion d'un seul. C'est ainsi que, dans la plupart des sociétés en commandite qui se sont formées depuis quelques années, on a réglé le droit de suffrage dans les assemblées générales; on n'y donne point au porteur de dix ou de vingt actions, dix ou vingt voix; mais on lui en accorde un nombre plus grand qu'au porteur d'une action unique. Il est à regretter que la loi n'ait point indiqué une semblable combinaison. Malheureusement il n'est pas possible de suppléer à son silence, et de s'arrêter ainsi à un terme moyen; il faut choisir, je le répète, entre deux extrémités, l'égalité absolue ou l'inégalité proportionnelle. Celle-ci a de trop notables inconvéniens, elle sacrifie trop violemment le petit au grand, le pauvre au riche, le porteur d'une action au

porteur de cent, pour qu'on puisse l'admettre comme règle des délibérations sociales. D'ailleurs, les résolutions qui engagent la société envers les tiers doivent aussi être prises en considération; et l'on a vu combien il est juste d'établir pour celles-ci l'égalité entre tous les associés, puisque tous sont également tenus des obligations qu'elles créent, sauf leur recours toujours éventuel contre leurs coassociés.

289. Je n'ai pas encore épuisé cette matière. Il me reste à examiner si, sur chaque question, on doit exiger la majorité absolue des suffrages, ou s'il suffit de la majorité relative? La solution de la difficulté est donnée par M. Pardessus, que j'ai déjà si souvent cité. « Il peut arriver, dit ce savant jurisconsulte, que diverses propositions, excédant le nombre de deux, partagent les associés : par exemple que sur douze, cinq soient d'un avis, quatre d'un autre et les trois autres encore d'un différent. L'opinion des premiers a pour elle la pluralité des suffrags, c'est-à-dire qu'elle est soutenue par un plus grand nombre d'associés que chacune des deux autres; mais elle n'a pas la majorité absolue; c'est-à-dire, la moitié plus un. Il ne paraît donc pas convenable de la préférer; car il est évident qu'elle n'est pas celle de la majorité, puisque huit des associés la rejettent, quoique par des motifs différens. Il faut donc que les associés continuent leur délibération en prenant de nouveau les voix : ceux dont l'avis est le plus faible en nombre doivent se réunir à l'un des deux plus forts, de telle manière que la délibération ne soit

plus partagée qu'en deux avis; et s'ils s'y refusaient, ou s'il y avait nombre égal de chaque côté, on ferait juger, comme en cas de contestation entre les associés. » (1)

290. Toute incertitude cesse, toutes ces difficultés disparaissent, lorsque les contractans ont expressément désigné celui d'entre eux qui doit être chargé de l'administration.

L'associé, ainsi choisi, peut faire seul et malgré l'opposition des autres associés, tous les actes qui dépendent de son administration, pourvu, ajoute l'article 1856, que ce soit sans fraude. Il n'était pas besoin d'exprimer cette restriction; la fraude fait exception à toutes les règles.

291. Lorsque la désignation de l'administrateur est placée dans l'acte constitutif de la société, les associés ne peuvent la révoquer, sans motifs légitimes; et l'administrateur ne peut, sans de bonnes raisons, abdiquer le pouvoir qu'elle lui confère. Cette désignation, comme toutes les autres clauses de l'acte de société, crée des droits et impose des obligations que les contractans doivent religieusement respecter et accomplir.

292. Au contraire, lorsque c'est par un acte postérieur au contrat de société que l'administration a été confiée à l'un des associés, son pouvoir est révocable, comme un simple mandat, par ceux qui l'ont donné; et réciproquement, l'administra-

(1) Cours de droit commercial, tome IV, n° 980.

teur n'est pas obligé de continuer la gestion plus long-temps et autrement qu'un mandataire ordinaire. (1)

293. M. Duranton pense que la révocation peut être le fait d'un seul associé (2). Je suis d'un avis différent. Cette mesure doit être, comme toute autre, l'objet d'une délibération prise à la majorité, et dans laquelle, bien entendu, ne figurera point l'associé administrateur.

294. Au surplus, rien n'empêche de modifier par la convention les effets ordinaires de la désignation d'un administrateur. Evidemment, on peut, en sens inverse du droit commun, stipuler que, quoique faite par l'acte de société, elle a le caractère d'un simple mandat, et qu'elle est révocable à volonté; ou bien que, quoique contenue dans un acte postérieur, elle confère des pouvoirs irrévocables (3). Seulement, ces dérogations doivent être exprimées clairement et sans ambiguïté; car, dans le doute, la règle générale serait suivie.

295. Si la désignation contenue dans l'acte constitutif est ou révoquée sur la demande de la société, ou désertée par l'administrateur; cet évènement entraîne la dissolution de la société, à moins de convention contraire. Une partie des

(1) Pothier, de la Société, n° 71.
(2) Tome XVII, n° 434.
(3) M. Duranton, tome XVII, n° 434.

associés, même la majorité, ne peut forcer les autres ni à faire une nouvelle désignation, ni à se placer sous le régime de l'administration collective. D'abord, la considération de la personne de l'associé choisi pour administrateur a pu être pour plusieurs une raison déterminante, sans laquelle ils n'auraient pas consenti à former la société; et il est possible qu'à leurs yeux aucun autre ne mérite la même confiance. En second lieu, l'administration des affaires sociales par tous les membres de l'association, avec un pouvoir égal pour chacun, a de graves inconvéniens que j'ai souvent signalés; il ne serait ni raisonnable ni juridique que ceux des associés qui n'auraient pas voulu s'y exposer, qui, pour y échapper, auraient par une stipulation fondamentale, placé la direction des intérêts communs dans une seule main, fussent trompés dans leur attente; et, qu'on les livrât aux agitations d'un gouvernement purement démocratique, lorsqu'ils avaient préféré constituer une monarchie.

296. On a soutenu, il est vrai, que dans certaines sociétés en commandite, la retraite, la mort, ou la destitution du gérant ne met pas fin à la société, que l'assemblée générale des actionnaires peut pourvoir à son remplacement. On a cependant reconnu la vérité des principes que je viens de rappeler; mais on a cherché à en écarter l'application, en disant que, lorsqu'il s'agit de sociétés très nombreuses, et dont le capital est divisé en actions, l'adhésion de chaque associé n'est point déterminée par la capacité, la solvabilité et les autres

qualités personnelles du gérant inconnu à la plupart des actionnaires ; que c'est bien plutôt la nature des opérations de la société qui engage et attire les souscripteurs ; qu'en conséquence, on méconnaîtrait la volonté des contractans, si l'on regardait comme opérant la dissolution de la société, un évènement qui n'a pour eux qu'une importance secondaire.

Ces observations ne sont point sans force et sans vérité ; au demeurant, elles autoriseraient tout au plus à placer dans une position exceptionnelle, les sociétés en commandite par actions. J'examinerai dans le chapitre IV, si, en effet, il y a lieu d'admettre pour elles une dérogation aux règles générales.

297. Entre les pouvoirs de l'administrateur désigné par l'acte de société et ceux de l'administrateur nommé par un acte postérieur, il n'y a en apparence aucune autre distinction à faire que celle qui vient d'être indiquée. Ainsi, quoique les uns soient irrévocablement conférés et que les autres soient susceptibles de révocation, ils paraissent avoir et ils ont jusqu'à un certain point une égale étendue ; ils constituent, presque sous tous les rapports, une égale capacité. Les associés qui choisissent l'un d'entre eux pour administrateur, veulent qu'il ait le droit de faire tout ce qui est nécessaire à la prospérité de la société ; quelles que soient d'ailleurs la nature et la date de l'acte par lequel ils manifestent leur volonté. Il n'y a donc pas de motifs pour étendre dans un cas plus que dans l'autre, le cercle des fonctions de l'administrateur et

les effets de sa puissance. La mission qu'il reçoit ayant toujours le même but, semble devoir s'accomplir par les mêmes moyens...

298. Toutefois, entre la position de l'administrateur établi par l'acte constitutif, et celle du gérant nommé dans un acte postérieur et séparé, il y a une différence grave et qui se manifeste par des résultats remarquables. Le premier est le représentant de la société, ou plutôt il est la société personnifiée; c'est en lui que résident tous les droits appartenant à l'être collectif, depuis le moment où celui-ci a commencé d'exister, et par une clause qui est une des conditions de son existence. Sans doute il tient ses pouvoirs de la volonté des autres associés; mais ceux-ci n'en ont jamais été saisis eux-mêmes; ils ne les lui ont donc pas délégués par un mandat. Aussi cette expression n'est-elle point employée dans l'article 1856, lorsqu'il s'agit de lui. Elle est appliquée au contraire à l'administrateur créé après la formation de la société, c'est-à-dire, à celui que les associés ont investi des pouvoirs dont ils étaient eux-mêmes saisis depuis la formation de la société; à celui qui véritablement n'est que leur délégué, leur procureur.

On verra bientôt un des effets pratiques de cette distinction. (1)

299. Au lieu d'un administrateur, il est permis d'en nommer plusieurs.

300. Lorsque leurs fonctions respectives ne

---

(1) Voy. *infrà*, n[os] 316, 317, 318 et 319.

sont point déterminées et qu'il n'est point exprimé que l'un ne pourra pas agir sans l'autre, ils peuvent faire, chacun séparément, tous les actes d'administration. (1)

301. Mais si chacun a reçu des attributions spéciales, il doit se renfermer exactement dans les limites qui lui sont assignées.

302. Enfin, s'il a été stipulé que l'un ne pourra rien faire sans l'autre, un seul ne saurait agir en vertu de pouvoirs qui sont donnés à tous conjointement.

L'impossibilité où se trouve un des administrateurs choisis, de concourir à l'administration, ne confère point aux autres le droit d'accomplir seuls les actes de gestion. (2)

Ce sont là autant de conséquences du principe, que le mandataire ne peut rien faire au-delà de ce qui est porté dans son mandat.

303. « Je crois cependant, dit M. Delvincourt, que s'il y avait urgence, on rentrerait dans le droit commun, d'après lequel chaque associé peut administrer. » (3)

Je pense aussi que l'un des administrateurs peut valablement agir seul, lorsque les autres se trouvent dans l'impossibilité de lui prêter leur concours, et que d'ailleurs les circonstances sont graves et pressantes; mais je n'admets pas la raison que donne M. Delvincourt.

D'abord on a vu précédemment (4) que, lorsque

(1) Art. 1857. Pothier, de la Société, n° 72.

(2) Pothier, *loc. cit.*

(3) Tome III, notes, page 225.

(4) V. *suprà*, n° 295.

l'administration organisée par le contrat se trouve hors d'état de fonctionner, chaque associé ne recouvre pas, par cela seul, le droit et les pouvoirs que lui accorde la loi, en l'absence de toute convention. La société qui n'a plus les gérans conventionnels qu'elle s'était donnés, ne retombe point sous l'administration collective de tous ses membres; or il n'y a aucun motif pour distinguer entre le cas de suspension temporaire et celui d'extinction définitive et absolue des pouvoirs des administrateurs.

D'ailleurs, si l'on admettait l'opinion que je combats, non-seulement l'un des administrateurs, mais chacun des associés pourrait agir; et il y aurait pour tous non-seulement droit, mais obligation; car, on le sait, dans l'état normal, l'administration est pour chaque associé plus qu'une faculté; c'est un devoir.

Ces conséquences sont évidemment inadmissibles, et je suis convaincu qu'elles n'étaient pas dans la pensée de M. Delvincourt.

Je crois donc qu'en cas d'urgence, l'un des administrateurs agit seul valablement, si les autres sont dans l'impossibilité de se réunir à lui; j'ajoute même qu'il serait blâmable, s'il n'agissait pas. Mais je décide ainsi, parce que, en disant que l'un ne pourrait agir sans l'autre, même lorsqu'il y aurait impossibilité de concours, la loi a certainement eu en vue les circonstances ordinaires, les cas où il n'y a point d'inconvénient à suspendre et à différer; parce qu'il serait déraisonnable de supposer qu'elle commande également l'inac-

tion, alors qu'il y a urgence à faire certains actes.

304. De ce que les résolutions relatives aux affaires de la société sont prises entre les associés à la majorité ; il ne faut pas conclure que la majorité des administrateurs doit l'emporter sur la minorité. L'unanimité entre eux est nécessaire, parce que, dit avec raison M. Pardessus, elle est une garantie de leur gestion, et une condition de leur mandat. (1)

305. Toutefois, si l'un des administrateurs refusait de mauvaise foi, ou même par pur caprice, de concourir à un acte utile et convenable, la société lésée par son refus aurait droit d'exiger de lui la réparation du préjudice qu'elle aurait éprouvé. Selon les circonstances, surtout si l'opposition était persévérante et systématique, on pourrait même faire prononcer la dissolution de la société, avec des dommages-intérêts contre l'administrateur malveillant ou opiniâtre. (2)

306. Plusieurs questions, qui ont été précédemment examinées pour le cas, où les affaires de la société sont confiées à un seul administrateur, doivent recevoir la même solution, lorsqu'il y a plusieurs administrateurs nommés.

Ainsi leur nomination est irrévocable, si elle est faite par le contrat même de société. (3)

Elle peut être révoquée, si elle se trouve dans un acte postérieur. (4)

---

(1) Cours de droit commercial, tome IV, n° 1015.
(2) M. Duranton, tome XVII, n° 439.
(3) V. *suprà*, n° 291.
(4) V. *suprà*, n° 293.

Toutefois, une volonté contraire formellement exprimée serait suivie. (1)

Lorsqu'il s'agit de savoir si un ou plusieurs des administrateurs révocables doivent être révoqués, c'est à la majorité des associés qu'il appartient de prononcer. (2)

La révocation ou l'abdication d'un ou de plusieurs administrateurs nommés par l'acte de société entraîne la dissolution de la société (3). Cependant cette opinion absolue, lorsqu'il n'y a qu'un administrateur unique, doit être admise avec quelque tempérament, lorsqu'il y en a plusieurs. Si chacun a reçu des attributions spéciales, et que l'un d'eux, chargé de fonctions peu importantes, cesse de les remplir, il serait trop rigoureux de dire que la société doit être dissoute. Lorsque l'évidence des faits donnera un démenti à ceux des associés qui allégueraient qu'ils ont contracté précisément en considération de l'administrateur révoqué ou démissionnaire; les tribunaux maintiendront la société et la majorité des associés pourvoira au remplacement.

307. Au demeurant, soit que la convention confie toute l'administration à un seul, soit qu'elle la partage entre plusieurs, soit qu'elle donne le droit de révocation, soit qu'elle l'ôte, elle enlève aux associés non désignés la faculté d'administrer qui leur appartient, selon le droit commun.

(1) V. *suprà*, n° 294.
(2) V. *suprà*, n° 293.
(3) V. *suprà*, n° 295.

308. Maintenant il convient d'examiner quelle est l'étendue des pouvoirs des administrateurs, quels sont les actes qu'ils peuvent faire en cette qualité.

309. Il importe d'abord de remarquer que la capacité est la même dans le cas où tous administrent conjointement, et dans les cas où une clause spéciale concentre l'administration dans les mains d'un ou de plusieurs associés. Sans doute, il y a cette différence entre les deux hypothèses, que lorsque la convention ne déroge pas au droit commun, et que tous les associés restent en possession des pouvoirs que leur donne la loi, ils peuvent, par un consentement unanime, faire des actes qui sortent des bornes d'une administration ordinaire; tandis que les administrateurs établis par la convention sont obligés de se renfermer rigoureusement dans les limites tracées par la nature de leurs attributions; et que fussent-ils d'accord pour les franchir, ils n'en auraient pas le droit. Mais on aurait tort de tirer de là la conséquence que les administrateurs légaux ont des pouvoirs plus étendus, que les administrateurs conventionnels. Lorsque les premiers font les actes que les seconds ne doivent jamais se permettre, ce n'est pas comme administrateurs q 'ils agissent; c'est en leur qualité d'associés, de propriétaires, et de maîtres absolus des choses qui composent le fonds social. Il est évident que tel est le motif qui produit et qui explique la différence; puisque, dans les résolutions relatives à ce qui va au-delà de l'administration, on exige l'unanimité, qui n'est

pas nécessaire, dans les mesures de gestion proprement dite.

Cette observation préliminaire m'a paru utilement placée avant l'exposition des règles, qui fixent l'espace dans lequel doivent se mouvoir les personnes chargées de l'administration d'une société, et qui déterminent les actes qu'elles ont le pouvoir et le devoir d'accomplir.

310. Ces actes sont, on le comprend bien, nombreux et variés. Il est difficile d'en faire l'énumération complète; l'on ne peut d'ailleurs espérer d'en présenter l'indication théorique, par l'application des principes, à l'aide desquels on établit la distinction entre ce qui est dans les bornes d'une administration ordinaire, et ce qui en sort. Souvent, à raison des objets qui forment le fonds social et du but dans lequel la société est constituée, tel acte qu'un tuteur, un mandataire, ou tout autre administrateur n'aurait pas le droit de faire, n'excède pas les pouvoirs d'un associé; quelquefois même il est pour lui un devoir, dont l'omission engagerait sa responsabilité. Ainsi les aliénations ne sont pas des actes d'administration; cependant si les opérations de la société consistent à vendre les choses mises en commun, l'associé qui vend, agit dans les limites de son pouvoir. « Un seul des associés, dit Despeisses (1), a droit de faire seul les affaires de la société, bien qu'il n'en ait pas charge spéciale de ses associés. Aussi l'un des

(1) De la Société, sect. II, § 18.

associés peut sans mandement spécial de son associé vendre les choses vénales esquelles ils ont contracté société (1). » Il semblerait même d'après l'art. 1860, Cod. civ., qu'un associé administrateur peut toujours aliéner et engager les choses qui dépendent de la société, du moins les choses mobilières; mais l'argument *à contrario*, fondé sur cette disposition, ne doit pas être admis. L'article a pour but d'interdire à l'associé qui n'a pas le droit d'administrer, même l'aliénation des objets mobiliers; ce qui ne veut pas dire que ces objets pourront être aliénés par l'associé administrateur, alors que, dans la pensée qui a présidé à la constitution de la société, ils ne sont pas destinés à être vendus.

M. Pardessus borne aussi le pouvoir des gérans des sociétés commerciales à la faculté d'aliéner les choses, par l'aliénation desquelles le but de la société peut être atteint. « Ainsi, dit-il, dans une manufacture, l'associé gérant peut par sa qualité, acheter des marchandises et fournir des obligations pour en payer le prix, ou même pour argent prêté..; il peut vendre les objets fabriqués *parce que c'est leur destination*......; mais l'aliénation qu'il ferait sans une autorisation spéciale de ses co-associés, de la maison, des magasins servant à la manufacture ou au commerce de la société, serait évidemment nulle, même à l'égard des acheteurs, qui n'ont jamais dû croire que les pouvoirs

---

(1) Ranchin, *part.* 5, *concl.* 364.

d'un gérant s'étendissent jusqu'à vendre le fonds de l'établissement. »

311. « A plus forte raison, ajoute-t-il très bien, ce gérant ne pourrait disposer par donation des choses qu'il a droit de vendre, parce que ces pouvoirs ne comprennent que ce qui est de la nature du contrat de société, contrat qui a pour but l'intérêt commun des associés, et ne permet pas à l'un de donner ce qu'il peut seulement vendre ou employer d'une manière profitable à tous. Cette règle doit, au surplus, être sainement entendue. Il arrive souvent que, dans le commerce, il y a lieu d'accorder des gratifications à ceux qui ont rendu à la société des services plus ou moins appréciables. » (1)

Ce n'est pas seulement dans le commerce que s'offrent les occasions de faire ces légères libéralités; elles peuvent se rencontrer aussi, quoique moins fréquemment, dans l'administration des sociétés civiles.

En résumé, la capacité de chaque associé consiste à faire les actes ordinaires d'administration, et quelquefois des actes de propriété, lorsque le but de l'association exige que ses pouvoirs reçoivent cette extension.

312. Il peut poursuivre les débiteurs de la société, faire tous les actes conservatoires de ses droits et recevoir les sommes qui lui sont dues.

(1) Cours de droit commercial, tome IV, n° 1014. *Voy.* aussi Pothier, de la Société, nos 67 et 69.

313. Mais il n'a pas pouvoir de consentir la remise d'une dette; car c'est une libéralité. (1)

314. Il ne peut pas faire d'emprunt, du moins il n'engage pas la société par ceux qu'il contracte. (2)

315. On a souvent examiné si l'un des associés peut seul louer les immeubles qui font partie du fonds social. J'ai déjà donné à cette question une solution affirmative, en faisant remarquer la différence qu'il y a, sous ce rapport, entre les droits d'un communiste et ceux d'un associé (3). Cependant on trouve quelque hésitation chez les auteurs; plusieurs font dépendre leur opinion des circonstances; et presque tous paraissent s'accorder sur ce point que, si l'un des associés veut se loger dans la maison comprise dans les biens de la société, il doit l'emporter sur celui qui veut la louer. (4)

« Si deux, dit Imbert (5), possèdent une maison commune et que l'un veuille tout entièrement loer, et l'autre exploiter et se tenir en sa part, il le pourra faire, car il n'use que d'un droit, comme dit Balde, en cette loi : *Sabinus, ff. Communi dividundo.* » Il ajoute : « Au contraire, deux étant seigneurs par indivis d'une maison commune, l'un d'iceux seul, n'y

(1) Despeisses, de la Société, sect. II, § 5; Rousseaud de Lacombe, v° *société*, sect. III, n° 3.

(2) *Voy.* la section II de ce chapitre *infrà*.

(3) V. *suprà*, n° 38.

(4) Despeisses, de la Société, sect. II, § II; Rousseaud de Lacombe, section III, n° 4.

(5) *Enchiridion*, v° Le compagnon peut habiter en sa part d'une maison commune.

contredisant l'autre, pourra bien l'affermer et loer entièrement; car plus commodément cela se fait par un seul, comme disent Barthole et Paul de Castro, à la loi *hæc distinctio* § *cum fundum*, *ff. loc.* Trois aussi étant seigneurs, si deux la veulent loer et que le tiers l'empêche, la ferme tiendra et vaudra ainsi qu'a escrit Balde à la loi 1. *Eod. qui testum facere possunt.* Voire, disent Bart. et Paul de Castro à cette loi *hæc distinctio* § *cum fundum*, pourveu que ce qu'a fait celui qui la loe, soit en procurant l'utilité et proufit d'un chacun, comme affermant ce qui ne se peut commodément diviser, l'autre sera tenu entretenir ladite ferme, nonobstant que n'ait accoutumé être loée. »

Ce passage présente une confusion évidente des règles relatives à la société et des principes auxquels la communauté est soumise; peut-être même ceux-ci sont-ils inexactement exposés. Mais il établit comme une doctrine constante que le bail consenti par un seul des communistes, sans opposition de l'autre, est valable, et qu'en cas de dissentiment entre plusieurs, l'avis de la majorité doit l'emporter.

Cela est vrai, à plus forte raison, pour des associés. Ce qui au contraire ne leur est pas applicable; c'est le système qui, entre l'avis de celui qui veut loger dans une partie de la maison et l'avis de celui qui veut la louer en entier, donne la préférence au premier. On comprend les motifs de cette solution pour les communistes, dont la pensée est de jouir conjointement d'une chose indivise; et il est évident qu'il n'y a pas lieu de l'admettre, quand il s'agit d'associés, dont l'intention est d'ob-

tenir des bénéfices par l'exploitation des choses formant le fonds social.

Cependant, et même relativement à eux, la jouissance en commun serait maintenue, s'il était démontré qu'elle va directement au but qu'on s'est proposé en formant la société, ou qu'elle a de véritables avantages pour elle. Ainsi, on ne doit pas louer une maison dans laquelle il est convenable d'établir les bureaux et le siège de la société, ni les immeubles pour l'exploitation desquels l'association a été formée (1).

316. J'ai déjà dit que l'associé nommé administrateur par l'acte de société, n'est pas seulement un mandataire, qu'il est le représentant de la personne civile, constituée par la réunion de tous les associés (2); j'en conclus qu'il a capacité pour plaider au nom et dans l'intérêt de la société.

Si l'on ne devait voir dans les associations civiles que des agglomérations de personnes, conservant leur individualité distincte, et restant propriétaires, chacune pour partie, des biens mis en commun, incontestablement tous les membres devraient figurer dans les procès relatifs aux choses formant l'actif social. Si, au contraire, la société est (comme je le crois, et j'aurai bientôt occasion de revenir sur ce point) (3) un être de raison, investi d'une personnalité propre, possédant des biens, ayant des droits, il me paraît impossible de

(1) *Voy.* Pothier, de la Société, n° 85.
(2) V. *suprà*, n° 295.
(3) *Voy.* ci-après, section II de ce chapitre.

ne pas admettre son représentant légal à ester en justice pour elle.

371. Cependant de graves autorités, en admettant le principe, repoussent la conséquence. La Cour de cassation, par arrêt du 8 novembre 1836, a jugé que, quoique la société civile soit un être moral, dont les intérêts sont distincts de ceux de chacun de ses membres, néanmoins chacun des associés doit être en nom dans les contestations portées devant les tribunaux. M. Boncenne enseigne la même doctrine. Mais, d'accord avec la Cour de cassation sur la solution, il est en dissentiment formel avec elle sur les principes. Cette circonstance seule suffirait pour exciter les doutes; elle ne prouve rien contre chaque opinion prise isolément; mais elle leur ôte toute la force qu'elles pourraient puiser dans leur réunion.

Le Code de procédure exige, il est vrai, que l'exploit d'ajournement contienne les noms, profession et domicile du demandeur, ainsi que les noms et demeure du défendeur; d'ailleurs la maxime *nul en France, excepté le roi, ne plaide par procureur*, conserve encore aujourd'hui sa force et sa vérité. Ainsi un individu ne peut obtenir de condamnation en justice, ni être lui-même condamné, qu'autant qu'il est personnellement engagé dans le débat. Un mandataire ou représentant n'est pas reçu à former une demande ou à y défendre, pour autrui, à moins qu'il ne tienne son pouvoir d'une disposition expresse de la loi; tels sont les tuteurs des mineurs ou des interdits. Mais lorsque la réunion de plusieurs in-

dividus constitue un corps moral, un être de raison ; ou, pour parler la langue du droit, une personne civile, lorsque l'existence de cette personne est légalement reconnue, qu'il est constant qu'elle a des biens, et par conséquent des droits, distincts des biens et des droits appartenant aux individus dont elle est composée ; il y a nécessité de lui donner un représentant, un chef, un organe, qui agisse pour elle, soit dans les transactions où elle peut se trouver mêlée, soit dans les procès qui l'intéressent. C'est ainsi que les maires contractent et plaident pour les communes ; les syndics pour les masses de créanciers ; les gérans pour les sociétés en commandite ; les administrateurs pour les sociétés anonymes.

Si chacun des associés devait être individuellement représenté dans les débats judiciaires, la société ne serait pas une personne civile, elle serait seulement une réunion d'individus, ayant des intérêts semblables et des biens communs, agissant ensemble et de concert, mais qui auraient conservé leur personnalité distincte. En un mot, lorsqu'il n'y a qu'une personne, aux yeux de la loi, il ne doit y avoir qu'une partie en cause ; exiger la présence de plusieurs, c'est anéantir la fiction légale qui réunit plusieurs individualités et les absorbe en une. Cette doctrine est acceptée par la Cour de cassation, lorsqu'il s'agit des sociétés commerciales ; pourquoi donc la repousse-t-elle quand il est question d'une société civile, lorsque d'ailleurs elle reconnaît que l'une est, aussi bien que l'autre, une véritable personne civile ?

Voici les raisons qui lui paraissent devoir faire établir la distinction.

« Sans doute, dit l'arrêt du 8 novembre 1836, la société civile est comme la société de commerce un être moral, dont les intérêts sont distincts de ceux de chacun de ses membres (articles 1845, 1850 et 1852 Cod. civ.), un être moral qui peut charger un seul associé de l'administration de ses intérêts (article 1856), administrateur irrévocable pendant la durée de la société; les tiers intéressés peuvent agir, tant que la société existe devant le juge du lieu où la société est établie (art. 50 et 59, Cod. proc. civ.); mais on ne peut en conclure qu'il est permis à cet être moral d'agir en nom collectif, sans donner même l'indication des nom et domicile de ses membres. D'une part, en effet, dans les sociétés autres que celles de commerce, les associés ne sont pas tenus solidairement des dettes sociales (art. 1862 et 1863 Cod. civ.); de l'autre, l'article 69 porte que l'exploit d'ajournement doit contenir l'indication des nom et domicile du demandeur, ainsi que les nom et domicile du défendeur; l'article 69 excepte l'Etat, le trésor public, les administrations ou établissemens publics, et § 6, les sociétés de commerce tant qu'elles existent; il n'excepte point les sociétés civiles; ces sociétés restent donc soumises au droit commun et aux dispositions impératives de l'article 61.

« Fondée sur la déclaration du 30 novembre 1549, la maxime : *nul en France, excepté le roi, ne plaide par procureur*, signifie que, pour inten-

ter ou soutenir une action judiciaire, il faut être en nom dans les qualités de l'instance; admettre un mandataire, simple, ordinaire, volontaire, à figurer en son nom comme mandataire, dans l'action, dans l'instance, dans les jugemens, ce serait l'assimiler à un tuteur; la raison et la loi s'y opposent; un co-intéressé ne peut non plus, en matière divisible et non solidaire, agir seul au nom de ses co-intéressés, ni subir personnellement une condamnation qui serait exécutoire contre eux. » (1)

Cette argumentation révèle un embarras évident; elle est dominée par un principe, dont elle cherche à écarter les conséquences; et pour cela, ou elle s'attache à des textes dont elle méconnaît le véritable sens, ou elle rappelle des règles vraies, dont elle fait une fausse application. Suivons-la pied à pied.

Le Code de procédure, articles 50 et 59, dit qu'en matière de société, même civile, l'assignation doit être donnée devant le juge du lieu où elle est établie. Sans doute, on ne doit pas tirer de cette disposition seule, la conséquence qu'il est permis à l'administrateur ou gérant, de représenter la société devant les tribunaux. Cependant si l'on recherche la suite des idées qui ont inspiré les deux articles au législateur, on trouve qu'il a considéré la société comme parfaitement distincte des associés, et comme ayant un domicile spécial; qu'il a reconnu que c'est devant le juge de ce domicile,

(1) Sirey-Devilleneuve, 36. 1. 811; Dalloz, 36. 1. 412; Ledru-Rollin, année 1837, p. 25.

La Cour de cassation a elle-même compris qu'il fallait appuyer de quelques considérations graves les inductions tirées du texte; et elle a fait ressortir que, dans les sociétés commerciales, tous les associés sont solidaires; tandis que, dans les sociétés civiles, chacun est tenu seulement pour sa part.

Certainement la Cour n'a pas confondu la solidarité, à laquelle sont soumis les associés en matière de commerce, avec le droit pour chacun de faire seul les affaires de la société; il est même impossible de le supposer. Dans une société de commerce, chaque associé a capacité pour contracter et agir, au nom de tous, en vertu des dispositions du Code civil, qui donnent à tous les associés le pouvoir d'administrer les choses communes : ce n'est point parce qu'il y a solidarité entre eux.

Je sais que l'associé civil, qui aura agi en justice, en son nom et dans l'intérêt de la société, et qui aura subi une condamnation, n'en sera tenu que pour sa part; tandis que l'associé commercial en serait passible pour le tout. Il est donc certain que celui qui plaide contre le gérant d'une société de commerce, et qui le fait condamner, obtient un plus grand avantage, que celui qui gagne un procès contre l'administrateur d'une société civile; mais il n'y a rien à conclure de cette différence. En effet, en exigeant que tous les membres de la société civile figurent personnellement dans l'instance, on ne procure aucun avantage à leur adversaire; il n'a jamais qu'une condamnation qui, quoique pro-

noncée contre tous ceux qui forment l'être collectif, se divise cependant entre eux, de manière que chacun n'en supporte que sa portion.

Craindrait-on, en autorisant un seul associé à agir au nom de la société, d'exciter des plaideurs téméraires à entamer des procès, dont ils n'auraient à subir que des conséquences partielles? L'on doit être rassuré par la surveillance qu'exercent nécessairement les uns sur les autres tous les membres d'une société, par l'intérêt qu'a la masse à ne pas souffrir qu'il soit donné suite à une contestation, dont les suites pourraient la léser, et enfin par la raison que, si l'associé est tenu seulement pour sa part envers le tiers, il est exposé à l'action en dommages-intérêts de ses co-associés, qu'il aurait imprudemment engagés dans un mauvais procès (Code civil, art. 1850).

Un inconvénient d'une autre espèce peut se présenter à l'esprit, comme ayant quelque gravité. On peut supposer qu'une personne agira, au nom d'une société devant les tribunaux, qu'elle y soutiendra des prétentions déraisonables, qu'elle encourra des condamnations; et qu'ensuite, lorsque celui qui les aura obtenues, voudra les faire exécuter, il ne saura pas quels sont ceux à qui elles s'appliquent, ou du moins à quel domicile il peut les trouver (1). Ce sont encore des dangers ima-

(1) Voy. Sirey-Devilleneuve et Dalloz, *loc. cit.*, le premier place cette considération dans la bouche de l'avocat général, le second l'attribue au conseiller rapporteur.

conséquent peut et même doit avoir un représentant légal.

M. Boncenne pense que la même règle doit être appliquée aux sociétés civiles et aux sociétés commerciales; aussi refuse-t-il aux unes, comme aux autres, la faculté de plaider par l'organe d'un administrateur. Son erreur consiste à ne pas tirer, de l'idée que toute société est une personne civile, ses véritables conséquences; mais son opinion ne présente pas la contradiction dans laquelle la Cour de cassation me semble tomber, lorsqu'elle dénie à une espèce de société ce qu'elle accorde à une autre.

Au surplus, M. Boncenne, ordinairement séduisant et si fécond dans le développement des thèses qu'il soutient, est ici tranchant et laconique. Voici comment il s'exprime:

« Les demandes intentées par une *société civile* doivent être formées aux noms de tous les associés. Chacun d'eux étant tenu pour une somme et part égale, quoique la part de l'un d'eux dans la société soit moindre, il faut bien que le défendeur les connaisse, pour leur faire l'application des condamnations de dépens ou de dommages-intérêts qu'il peut obtenir. »

J'ai déjà répondu à cet argument.

Il poursuit: « Si c'est une *société commerciale en nom collectif*, la solidarité qui lie les associés donne pour la même décision un motif plus fort encore. Se borner à désigner les noms de la raison sociale, ce serait obliger le défendeur à aller consulter l'extrait déposé au tribunal de commerce,

afin de savoir quels sont les autres associés. Vainement on objecterait que, suivant l'article 69, § 6, auquel nous arriverons bientôt, les sociétés de commerce *sont assignées* en leur maison sociale, et s'il n'y en a pas, en la personne ou au domicile de l'un des associés. Cet article n'est relatif qu'au lieu où l'assignation doit être laissée. Le demandeur a pris du temps; il a pu rechercher et connaître les individus qui composent la société qu'il veut poursuivre; mais celui qui est assigné par cette société doit trouver dans l'ajournement tous les documens nécessaires pour qu'il sache à qui il a affaire, et pour qu'il puisse se défendre avec sûreté. »

Le dissentiment avec la Cour de cassation ne peut pas être plus profond. La solidarité que l'arrêt invoque comme une considération toute puissante en faveur de son système, paraît au jurisconsulte fournir un argument décisif pour le condamner.

Il continue : « Quand la société commerciale est *en commandite,* les associés responsables et solidaires sont établis seuls comme demandeurs dans l'exploit; car les commanditaires feraient, en y figurant, un acte de gestion qui leur est interdit (1). D'ailleurs ils ne seront passibles des condamnations, auxquelles la société s'expose par une action téméraire que jusqu'à concurrence des fonds qu'ils

(1) On trouve cette pensée textuellement énoncée dans un arrêt de la Cour de cassation du 23 août 1836; Dalloz, 37. 1. 139; Sirey-Devilleneuve. 36. 1. 705.

sont versés dans la masse : leurs personnes sont donc tout-à-fait en dehors du procès.

« La nature *des sociétés anonymes* indique assez que les demandes qu'elles ont à porter en justice doivent être formées au nom de leurs mandataires. »

Sur ces deux points l'opinion de M. Boncenne doit certainement être suivie.

Enfin, il termine en ces termes :

« Les associations *en participation* ne consistent que dans une négociation particulière : c'est un intérêt passager qui réunit deux ou plusieurs spéculateurs, et qui finit avec l'affaire qu'ils avaient entreprise. Cette espèce de société n'a point d'assiette; elle se dissout, comme elle se forme, sans aucune formalité ; c'est-à-dire qu'il n'y a aucun motif pour ne pas considérer les associés comme autant de demandeurs, obligés de se conformer, dans leurs ajournemens, aux règles générales de la matière. » (1)

Peut-être est-il plus simple et plus juridique de dire que la société *en participation* ne constituant point un être moral, une personne civile, chacun des intéressés doit agir personnellement, et que l'un d'eux ne peut représenter les autres devant les tribunaux. Sans doute, lorsqu'un des intéressés aura géré seul la chose commune, bien qu'il ait plaidé en son nom, les condamnations seront

(1) Théorie de la procédure civile. Tome II, Ire partie, page 132, et suiv.

exécutées sur l'actif social; mais évidemment elles ne pourront l'être contre la personne et sur les biens des autres participans, qui n'auront été ni parties ni représentés au procès.

En somme, les argumens de M. Boncenne excellens à opposer à ceux de la Cour de cassation, ne justifient point sa propre doctrine. (1)

318. Deux observations importantes doivent être placées ici. La première, c'est que le pouvoir attribué à l'administrateur d'une société, de la représenter devant les tribunaux, ne peut être exercé, que lorsqu'il s'agit d'objets qui rentrent dans l'administration.

319. La seconde, c'est que la capacité d'ester

---

(1) Les sociétés de commerce, dit M. Poncet, *Traité des actions*, n° 150, sont aussi des personnes collectives, qui ont, comme telles, une existence et des relations individuelles. Leur raison sociale ou autrement leur désignation commerciale, qui se compose du nom de l'un ou de plusieurs des associés et de ces mots : *et compagnie;* cette raison sociale caractérise leur *individualité*, c'est-à-dire leur existence et leur dénomination. »

Cette manière de s'exprimer pourrait faire supposer que M. Poncet ne considère comme ayant une *individualité*, pour employer son expression, que les sociétés de commerce; mais ce qui suit prouve que toute société légalement constituée est dans son opinion une personne morale, distincte des membres qui la composent, et qui peut plaider par l'organe de ses représentans.

« Les unions ou directions de créanciers sont également, ajoutent-ils, des espèces de sociétés que forment les créanciers d'un débiteur failli sous la direction et administration de mandataires ou syndics, chargés par la masse d'agir dans son intérêt et de poursuivre le paiement de ses créances. Or, quand ces syndics agissent ou figurent en justice, ils ne le font toujours qu'au nom et comme syndics ou mandataires de cette masse ou réunion de créanciers. »

ainsi en justice, au nom de la société, appartient à l'associé qui, en l'absence de toute stipulation, administre d'après le droit commun; qu'elle appartient aussi à l'associé nommé administrateur irrévocable par le contrat de société; et non à celui qui, depuis la constitution sociale, aurait été choisi pour administrateur par ses co-associés. Ce dernier n'est en effet qu'un mandataire; il ne gère pas, en vertu du pouvoir propre et personnel que, dans l'absence de toute convention, il tiendrait de la disposition de la loi. Ce sont des pouvoirs conférés et transmis qu'il exerce; et il y aurait de graves inconvéniens à ce qu'il pût administrer, tantôt comme associé, tantôt comme mandataire. La dernière qualité, tant qu'elle subsiste, absorbe et efface la première, du moins sous le rapport qui nous occupe ici.

320. « Le pouvoir de l'associé administrateur, dit Pothier, ne s'étend pas jusqu'à pouvoir transiger, sans l'avis de ses associés sur les procès de la société; car cela passe aussi le pouvoir d'un fondé de procuration générale; *mandato generali non contineri etiam transactionem decidendi* (1) *causâ interpositam*. *L.* 60, ff. *de procur*. (2).

M. Pardessus pense au contraire, que « l'administrateur peut valablement transiger sur des intérêts relatifs au commerce de la société, ou s'en rapporter sur des contestations de cette espèce à la décision d'arbitres et les choisir. »

---

(1) Cujas lit : *demimendi*. *Ad Inst. de rerum div.*

(2) De la société, page 88.

Il donne pour raison de son sentiment que : « le commerce présente un grand nombre de circonstances, dans lesquelles il est de l'intérêt évident des parties de transiger; et que, l'arbitrage étant le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations, il est juste que les gérans de la société puissent y recourir. » (1)

Quoique cette opinion ne soit relative qu'aux sociétés commerciales et qu'elle paraisse fondée précisément sur la nature de leurs opérations, je crois qu'il faut aussi l'adopter pour les sociétés civiles. Dans les unes, comme dans les autres, je l'ai déjà dit, les pouvoirs de l'administrateur ne sont pas renfermés dans les limites d'un mandat ordinaire; ils s'étendent souvent, et sans qu'il soit besoin d'une clause formelle, à des actes qu'un mandataire, proprement dit, ne devrait pas se permettre, à des actes de propriétaire. Il est donc tout naturel d'y comprendre, relativement à certains objets, le droit de transiger et de compromettre. Pourquoi la transaction et le compromis ne seraient-ils pas valables, lorsque l'aliénation directe le serait ? (2)

321. L'administrateur d'une société ne peut faire d'innovations sur les immeubles qui en dépendent, alors même qu'elles seraient avantageuses à la société, si les autres associés n'y consentent. (3)

---

(1) Cours de Droit commercial. Tome IV, page 1014.

(2) Despeisses, de la société, sect. II, § 6.

(3) Code civil, art. 1859, n° 4. Pothier, de la société, n° 87.

C'est une conséquence de sa qualité d'administrateur, qui ne lui permet pas de disposer en maître des choses dont se compose l'actif social. La règle doit être étendue aux objets mobiliers; car, lorsque la gestion de la société n'exige point qu'on leur fasse subir d'innovations ou de changemens, on ne comprendrait pas pourquoi l'administrateur pourrait les dénaturer.

Toutefois, il y a des sociétés qui ont précisément pour but la modification, même des immeubles qui leur appartiennent. Les administrateurs sont alors, et par la force des choses, armés de pouvoirs qui ne leur appartiennent pas ordinairement. (1)

M. Delvincourt, après avoir dit que; « tant que les ouvrages ne sont pas faits, les associés peuvent s'y opposer (2)», ajoute que, « lorsque les travaux sont achevés, il faut examiner si les innovations sont utiles, nuisibles ou inutiles; que si elles sont utiles et qu'elles ne soient pas excessives, il doit en être tenu compte à l'administrateur, jusqu'à concurrence de la plus-value; que si elles sont nuisibles, il sera tenu de les enlever et de remettre les choses dans leur premier état; et qu'enfin, si elles sont inutiles, on devra lui permettre d'enlever tout ce qui pourra être déplacé sans détériorer le fonds. » (3)

---

(1) *Suprà*, n° 310.
(2) Tome III, *voy.* notes, page 230.
(3) *Voy.* aussi Pothier, de la société, n° 88, *L.* 28, *ff.*, *comm. divid.*

Ces distinctions équitables me paraissent devoir être adoptées. Je pense aussi, avec M. Duranton (1), que si les ouvrages ont été exécutés, au vu et su des autres associés, leur silence devra être souvent considéré comme une approbation, qui les rendra non recevables à critiquer les travaux et à en demander la suppression.

322. Après avoir indiqué, en termes généraux, la nature et l'étendue des pouvoirs confiés aux administrateurs des sociétés, et avoir plus particulièrement expliqué quelle est leur capacité touchant certains actes importans; il est nécessaire de tracer les règles qu'ils doivent suivre dans l'exercice de leurs fonctions; il convient de déterminer le degré de zèle et de vigilance qui est exigé d'eux; il faut dire où commence et où s'arrête leur responsabilité.

323. L'associé administrateur doit aux affaires sociales les soins d'un bon père de famille, c'est-à-dire, une activité et une prudence ordinaires. C'est ce qu'exprime la disposition de l'art. 1850, où il est dit que chaque associé est tenu, envers la société, des dommages qu'il lui a causés par sa faute.

324. Les anciens jurisconsultes enseignent que l'associé n'est point responsable des fautes très légères qu'il commet dans sa gestion; qu'il n'y a que la faute lourde, ou légère qui lui soit imputable (2); qu'en d'autres termes, on a droit

---

(1) Tome XVII, n° 440.

(2) Despeisses, de la société, sect. II, § 24, n° 4. Rousseaud de

d'exiger de lui, pour les affaires de la société, le soin qu'il apporte à ses affaires personnelles, mais non toute la vigilance des pères de famille les plus habiles. C'est dans la loi 72 ff. *pro socio* que se trouve le germe de cette opinion. Cette loi est ainsi conçue : *Culpa non ad exactissimam diligentiam redigenda est; sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet;* et Gaïus ajoute, comme justification de sa doctrine : *Quia qui parùm diligentem socium adquirit, de se queri debet.* (1)

Domat (2) et Pothier (3) expriment aussi la pensée, que des associés ne doivent pas imputer à leur co-associé son défaut de vigilance, mais plutôt s'imputer à eux-mêmes, de s'être associés avec lui.

Vinnius, qui adopte cette solution, en donne une autre raison; savoir, que le contrat de société a pour objet l'utilité commune, *quia in hoc contractu omnium versatur utilitas* (4). Il se fonde, on le voit, sur l'ancienne division des fautes en trois classes, correspondant à trois espèces différentes de contrats (5). Mais M. Toullier a, suivant l'expression de M. Troplong (6), porté le flambeau

---

Lacombe, v° *Société*, sect. III, n° 19. Domat, liv. I, tit. VIII, sect. IV, n° 3. Pothier, de la société, n° 124.

(1) *Add. Instit. lib.* III, *tit.* XXVI, § 9.

(2) *Loc. cit.*

(3) *Loc. cit.*

(4) *Ad. Instit. Lib.* III, *tit.* XXVI, § 9.

(5) *Voy.* Pothier, des obligations, n° 143, les observations à la suite du contrat de mariage et les autorités que j'ai citées; tome I de ma Continuation, n° 279 en note.

(6) Traité de la Vente, n° 561.

de la critique sur cette théorie de la prestation des fautes; il a démontré que la division tripartite manque d'exactitude et qu'elle n'a point de véritable utilité; que chacun est responsable même de sa faute très légère, à moins qu'une disposition expresse n'établisse une exception en sa faveur. (1)

Dans ce titre consacré à *de la société*, il n'y a point de texte qui autorise une pareille restriction, et la discussion au conseil d'état révèle très clairement l'intention de n'en point admettre.

M. Lacuée prétendait que « le mot *faute* qu'emploie l'article 1850 est trop vague. On pourrait, disait-il, en abuser pour rendre l'associé responsable des évènemens qui auraient trompé des combinaisons exactes dans leur principe. »

MM. Treilhard et Berlier lui répondaient que « les tribunaux sauraient faire la distinction que réclamerait la justice, que la loi ne peut que s'en rapporter à eux; qu'elle entreprendrait vainement de spécifier d'avance tous les cas de la responsabilité;

« Que le principe posé est inattaquable, qu'il est impossible d'en rendre l'idée par une autre expression;

« Que le droit romain distinguait la faute *grave*, la faute *légère* et même la faute *très légère;* qu'on avait évité ces distinctions dans tous les titres adoptés, mais sans ôter aux tribunaux la faculté d'apprécier ce qui constitue la faute ou en absout;

(1) Tome VI, n° 231 et suiv.

« Que des spéculations raisonnables qui tournent mal sont un *malheur* et non une faute ; que tout cela doit être décidé *ex æquo et bono;* que l'expression employée n'y faisait point obstacle, et qu'il était d'ailleurs impossible de la remplacer par aucune autre qui ait un sens tout à-la-fois plus précis et moins dangereux. » (1)

Les tribunaux n'ont donc plus à s'inquiéter des anciens systèmes; c'est d'après les circonstances de chaque espèce seulement, qu'ils doivent décider s'il y a faute imputable à l'associé administrateur.

Malgré l'infinie variété des combinaisons qui s'offriront à leur examen, il n'est pas impossible de poser quelques règles, ou du moins de donner quelques conseils sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui leur est confié.

325. D'abord, les paroles de M. Berlier que j'ai rappelées, les avertissent qu'il faut distinguer entre la *faute* et le *malheur;* que les actes de gestion ne doivent pas être appréciés seulement par leurs résultats; car telle entreprise sagement conçue, habilement conduite, tourne mal; tandis qu'une spéculation déraisonnable réussit. Il ne suffira pas même toujours que l'administrateur se soit exposé à des chances graves et nombreuses, pour qu'on doive le déclarer responsable des pertes. La nature et l'objet de la société seront quelquefois un motif pour justifier sa conduite.

---

(1) M. Locré, tome XIV, page 498.

326. Peut-on aussi ériger en règle constante que sa responsabilité sera à couvert, comme l'enseignent Pothier et Vinnius, lorsqu'il aura apporté aux affaires communes la même vigilance qu'aux siennes; quoique cette vigilance ne soit pas celle qu'on peut attendre d'un homme actif et intelligent?

Je n'hésite pas à répondre négativement. La gestion des biens de la société et les actes dont elle se compose, doivent être appréciés en eux-mêmes, non par comparaison avec la gestion des biens personnels de l'associé.

Le raisonnement de Gaïus, reproduit par Pothier, a, il faut en convenir, quelque chose de spécieux; il semble en effet juste et naturel que, lorsque des associés reprochent à l'un d'eux son incurie, son incapacité; celui-ci puisse leur répondre: Vous me connaissiez ou vous étiez censés me connaître, lorsque nous avons contracté; vous ne pouviez pas attendre de moi une activité ou intelligence supérieures à celles que je montrais pour mes intérêts personnels; j'ai fait pour la société comme pour moi; vous n'avez pas à vous plaindre.

La réflexion fait bientôt apercevoir ce qu'il y a de paradoxal dans cette théorie.

Si elle était admise, elle fournirait une excuse non-seulement pour les fautes très légères, mais même pour les fautes lourdes. Je suis très incapable, très négligent dans mes propres affaires, dirait l'associé; ne trouvez pas mauvais que je le sois aussi dans les affaires sociales.

Pothier a compris combien une pareille conséquence jetait de défaveur sur sa doctrine, aussi cherche-t-il à l'écarter.

Il se demande : si un associé pourrait s'excuser même de la négligence crasse, s'il était constant qu'il apportât cette négligence à ses propres affaires? et il répond : Non; si on n'exige pas d'un associé, pour les affaires de la société, le soin le plus exact qu'ont, dans leurs affaires, les plus habiles pères de famille, c'est qu'il peut n'être pas capable de ce soin. Mais chacun est présumé capable du soin ordinaire qu'apportent à leurs affaires les personnes les moins intelligentes; et lorsqu'il n'apporte pas ce soin, on présume que c'est par une paresse volontaire et condamnable dont, à la vérité, il n'est comptable à personne pour ses propres affaires; mais dont il est comptable à ses associés, lorsqu'il a eu cette paresse pour des affaires communes.

Dans ce passage, on aperçoit la lutte d'un esprit droit qui, sorti de la vérité, s'efforce d'y rentrer; et l'on y trouve des armes fournies par lui-même pour combattre son erreur. En effet, la doctrine qu'adopte Pothier est que la capacité et la vigilance d'un associé, dans ses propres affaires, doivent servir de type et de mesure, pour juger ses actes dans la gestion de la société. Mais lorsqu'il voit où le conduit la règle, ainsi formulée, il la modifie, ou plutôt il l'abandonne, en croyant la maintenir; car il reconnaît que l'associé est censé avoir promis à ses co-associés une capacité et une vigilance ordinaires; ce qui est certainement incompatible avec l'idée qu'il ne s'est en-

gagé à faire pour la société que ce qu'il fait pour lui-même; en d'autres termes, à gérer négligemment les affaires communes, s'il est négligent dans la gestion des siennes. Entre ces deux systèmes contradictoires il n'y a pas de fusion possible, de conciliation praticable; l'un des d'eux doit être absolument rejeté. Or, d'après Pothier lui-même, et si l'on se rend un compte exact de l'enchaînement de ses idées, la préférence sera accordée à celui qui admet, de la part de chaque associé, l'engagement de bien administrer la société, indépendamment de plus ou moins d'habileté et d'exactitude qu'il apporte dans l'administration de son avoir particulier.

N'est-il pas, en effet, raisonnable de supposer que les contractans ont entendu s'obliger, les uns envers les autres, à être actifs et vigilans et à faire dans l'intérêt commun des efforts, qu'ils n'auraient peut-être pas faits pour eux-mêmes? Ne serait-il pas absurde de croire que les associés se sont réciproquement accordé le droit d'être imprévoyans et inhabiles, sous prétexte qu'ils se sont montrés tels dans leurs affaires personnelles?

Comment d'ailleurs prêter aux parties ces étranges intentions, précisément lorsqu'il s'agit de la société, contrat qui a pour but la production de bénéfices, et dans lequel par conséquent chaque partie est plusque, dans aucun autre, obligée d'être soigneuse et vigilante. (1)

---

(1) Vinnius, *loc. cit.*, comprend et exprime très bien cette idée. A la vérité, il pense que la société, ayant de l'utilité pour toutes les

327. Ainsi les tribunaux décideront sur chaque fait d'après les circonstances. La condition des

---

parties, les fautes moyennes sont seules imputables aux associés, d'après l'ancienne division tripartite. Mais il dit expressément que les associés ne seraient pas responsables même de ces fautes, si l'on s'attachait à la raison donnée par les Institutes et par la loi 72, *ff. pro socio*, que chaque associé doit s'imputer d'avoir choisi un coassocié négligent. Il reconnaît aussi l'existence de l'obligation contractée par chacun de gérer avec activité et intelligence; il semble tout près d'avouer que cette obligation entraîne la responsabilité de toutes les fautes. Le texte des institutes dit : *Nam qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri, sibique hoc imputare debet*. Voici l'observation qu'il inspire à Vinnius : *Hæc ratio efficere videtur, ut ne media quidem diligentia a socio exigenda sit, per leg.* 1. § *is quoque* 5 *de obligationib. & § penult. quibus modis re contrah. oblig. Sed in eâ societate ea ratio ideò id non evincit; quià ex adverso alia est et fortior, ob quam justum sit socium præstatione mediæ diligentiæ adstringi; nimirùm quia in hoc contractu utriusque versatur utilitas : tantùm hoc efficit, ut a socio non sit exigenda diligentia summa et exactissima, quam fortè aliquis putet a socio præstandam esse; propterea quod ea societatis natura est, ut diligentiam quamdam atque industriam sociorum desideret, quam ipsam etiam singuli in se suscipere tacitè promittere videntur*. Barbeyrac dans ses notes sur Pufendorf, après avoir rappelé le passage de Vinnius, ajoute : « Pour moi, j'ai déjà posé une règle générale, au sujet de tous les contrats où l'on a en mains les affaires ou le bien d'autrui de quelque manière que ce soit, c'est qu'il faut faire tout ce que l'on ferait pour soi-même et pour son intérêt particulier et dans les choses que l'on prend le plus à cœur; et la pratique de cette maxime est ici d'autant plus juste, que comme les jurisconsultes romains le disent, l'association est une espèce de fraternité. Mais, pour ce qui est des cas fortuits, que toute la prudence humaine ne peut éviter, aucun des associés n'en est responsable. *Damna quæ in prudentibus* (c'est ainsi qu'il faut lire avec M. de *Bynkershoeck*. Obs. X, 10, au lieu *de imprudentibus*) *accidunt, hoc est damna fatalia, socii non coguntur præstare*. V. l. 52, § 3, ff. *Pro socio*. Notes sur le livre V, ch. VIII, § IV. » — Godefroy lit *prudentibus*. Cela revient à la version de Bynkershoeck; mais cette dernière est plus ingénieuse. Voët distingue pour la responsabilité des fautes entre le cas, où l'associé n'a promis que des soins ordinaires (*opera nuda*) et celui où il a promis l'application de connaissances spéciales ou une industrie particulière (*artificium*) *Ad. Pand. Pro socio*.

personnes, leur degré d'instruction, la nature des actes qu'elles auront été chargées de faire, auront souvent, je le reconnais, de l'influence sur les décisions. Mais il ne faut pas ériger en maxime, que le soin que chaque associé est réputé avoir promis et doit donner, en effet, à la gestion des affaires sociales, est seulement celui qu'il apporte à ses propres affaires (1); il ne faut pas surtout dire, avec Pothier, que c'est celui que les personnes *les moins intelligentes* donnent à la gestion de leurs biens.

328. Si l'associé administrateur reçoit, en cette qualité, ou un salaire fixe, ou une part plus grande dans les bénéfices, ce sera un motif de se montrer plus sévère dans l'appréciation de ses actes. L'article 1992 Cod. civ. déclare que la responsabilité relative aux fautes est appliquée, moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire.

329. Egalement, l'associé qui s'immiscerait dans la gestion, lorsqu'elle aurait été confiée à un autre, n'aurait à espérer aucune indulgence; ce serait déjà une faute de s'être mêlé de l'administration, contrairement aux conventions qui régissent la société.

Il serait même responsable du cas fortuit qui ferait périr une chose commune entre ses mains;

---

(1) Voy. M. Pardessus, tome IV, n° 1017. *Contrà* M. Delvincourt. Tome III, notes, page 232; et M. Duranton, tome XVII, n° 403, qui ne font que reproduire la doctrine de Pothier, de Domat et de Vinnius.

quoique en général, les associés ne soient point tenus de la perte causée par cas fortuit (1); car alors le cas fortuit serait précédé d'une faute (2). Toutefois, il serait à l'abri de la responsabilité, s'il prouvait que la chose aurait également péri entre les mains de l'administrateur désigné. (3)

330. Suivant les principes généraux du droit, il y a faute, de la part de l'associé administrateur, soit lorsqu'il fait ce qu'il ne devait pas faire, soit lorsqu'il omet de faire ce qui devait être fait. Il est d'ailleurs responsable, aussi bien lorsque sa faute cause une perte à la société, que lorsqu'elle la prive d'un gain sur lequel elle devait compter. (4)

331. Il ne peut, au surplus, compenser avec les dommages dont il est tenu, les profits que son industrie aurait procurés à la société, dans d'autres affaires. (5)

Pothier en donne la raison. « L'associé, devant à la société son industrie, il n'a fait que s'acquitter envers elle de ce qu'il devait, en lui apportant des profits qu'il a faits par son industrie; la société ne lui est pour cela redevable de rien qu'il puisse opposer en compensation de ce qu'il doit (6) ». « Ces profits ne sont pas à lui,

---

(1) L. 52, ff. *pro socio*, § 3. *V.* la note de la page 390.

(2) M. Toullier, tome VI, n° 227.

(3) Argum. de l'art. 1302, Code civil.

(4) Cod. civ. art. 1149. *Quantùm meâ interfuit, id est quantùm mihi abest, quantumque lucrari potui.* L. 13. *rem. rat. hab.*

(5) Cod. civ. art. 1850.

(6) De la Société, n° 125. L. 25 et 26, ff. *pro socio.*

disait plus laconiquement, M. Treilhard, ils appartiennent à la société. (1)

Pourrait-il du moins faire accepter, comme indemnité, les bénéfices qu'il aurait procurés précisément dans la même affaire, où sa négligence aurait causé une perte? Le texte de la loi semble conduire à une solution affirmative, puisque les profits qu'elle défend d'admettre en compensation sont ceux qui ont été faits dans d'*autres* affaires (2). Mais dans la pratique, l'application de cette doctrine sera rare; il n'arrivera pas souvent que, dans une seule et même affaire, il y ait véritablement, tout à-la-fois, bénéfices nés de l'industrie d'un associé et dommage produit par sa faute. Lorsque, par exemple, une opération aura donné à la société des profits qui seront déjà réalisés, et dont elle sera saisie; et qu'une autre opération distincte de la première, quoiqu'elle en soit la suite et la conséquence, causera une perte, l'associé ne pourra point s'affranchir de la responsabilité imposée par la seconde, en faisant valoir l'heureux succès de la première. Ce ne sera pas là, à mon avis, une seule et même affaire, quoique les deux actes soient relatifs à un même objet et liés entre eux par une certaine connexité. Ainsi, un associé est chargé de vendre des marchandises appartenant à la société, pour en acheter d'autres; il fait la vente à des conditions très avantageuses, et procure par

(1) Exposé des motifs au Corps législatif. V. M. Locré, tome XIV, p. 523.

(2) M. Duranton, tome XVII, n° 403.

là un bénéfice certain, et réalisé; puis, imprudemment il achète, à un prix excessif, des denrées de mauvaise qualité; il n'y aura point compensation entre la perte résultant de ce dernier marché, et le profit qu'avait donné le premier. M. Pardessus n'examine pas précisément la question; mais on peut conclure de quelques-unes des expressions qu'il emploie, qu'il la résoudrait conformément à l'avis que je viens d'émettre. « Il (l'associé) n'est pas même admis, dit-il, à opposer, en compensation les profits plus considérables qu'il aurait procurés à la société dans d'*autres circonstances*, par les soins et le genre d'industrie qu'il est tenu de lui consacrer. En gérant bien, il n'a fait que ce qu'il devait, et l'observation de ses devoirs dans *un cas* ne l'excuse pas de l'inobservation *dans les autres.* » (1).

332. La position de l'administrateur devient fort délicate, lorsque son intérêt personnel est en opposition avec celui de la société, et qu'il ne peut conserver l'un qu'en sacrifiant l'autre. Toutefois ni la loi, ni l'équité n'exigent de lui un effort de vertu et de désintéressement tel, qu'il doive perdre ce qui lui appartient, plutôt que d'exposer à un dommage ce qui appartient à la société. Cette obligation est imposée à l'emprunteur dans le prêt à usage (2), par des considérations qui évidemment ne sont point applicables à l'associé.

(1) Tome IV, n° 1017.
(2) *V.* Cod. civ., art. 1882.

Tout ce qu'on peut raisonnablement lui demander, c'est qu'il fasse, si cela est possible, une répartition égale du mal ou du danger entre sa chose et celle dont la société est propriétaire.

Dans le cas, où cette équitable transaction entre son intérêt et l'intérêt social serait impraticable; certainement on ne saurait considérer comme une faute la préférence qu'il aurait accordé au sien.

Au demeurant, lorsque plus jaloux du bien commun que de la prospérité de ses affaires personnelles, il aura fait un acte profitable à la société, et qui pourrait lui nuire à lui-même; il ne sera point admis à revenir sur sa détermination. Les avantages qu'il aura procurés à ses associés leur seront définitivement acquis.

333. Aucun texte n'établit ces règles d'une manière générale et expresse; mais elles dérivent des articles 1848 et 1849 qui les présupposent, par la solution qu'ils donnent à deux espèces particulières.

En effet, le premier veut que « lorsque l'un des associés est pour son compte particulier créancier d'une somme exigible, envers une personne qui se trouve aussi devoir à la société une somme également exigible, l'imputation de ce qu'il reçoit de ce débiteur se fasse sur la créance de la société et sur la sienne, dans la proportion des deux créances; encore qu'il eût, par sa quittance, dirigé l'imputation intégrale sur sa créance particulière; mais que, s'il a exprimé dans sa quittance que l'imputation serait faite en entier sur la créance de la société, cette stipulation soit exécutée. »

D'une part, il n'est guère présumable que le débiteur, à qui il est indifférent de payer l'associé ou la société, s'opiniâtre sans raison à s'acquitter envers l'un plutôt qu'envers l'autre; on a donc à craindre que la préférence n'ait été sollicitée par l'associé, qu'il ne se soit entendu avec le débiteur, pour obtenir de lui cette affectation à sa créance personnelle, des sommes qui seraient versées entre ses mains. Au moyen de la répartition dont l'art. 1848 fait une nécessité, toute combinaison semblable devient impossible.

D'un autre côté, il y a sans doute désavantage pour l'associé à n'être pas payé complètement, à partager ce qu'il reçoit, à être obligé d'*attendre*, pour obtenir le solde de sa créance, que la société touche elle-même la sienne du débiteur commun; mais du moins, en échange de ce qu'il perd, on lui donne une part de droits semblables aux siens, aussi avantageux, aussi facilement recouvrables.

Lorsque, au contraire, la créance de la société n'est pas comme celle de l'associé productive d'intérêts, garantie par un gage, ou assurée dans son recouvrement par la contrainte par corps, il y a un motif légitime pour le débiteur d'affecter la somme qu'il paie à l'extinction de la dette la plus onéreuse; par conséquent le soupçon de fraude ne peut plus s'élever. En outre, si l'on obligeait l'associé à subir la répartition, pour lui tenir lieu d'une partie de sa créance, on lui donnerait une portion dans une autre créance moins utile et moins certaine. Il n'y a donc pas lieu en pareille occurrence d'appliquer l'article 1848;

car on ne se trouve plus exposé au danger de collusion qu'il a cherché à prévenir; et d'ailleurs, on imposerait à l'associé le sacrifice d'une partie de ses droits, sans lui en offrir l'équivalent. (1)

337. Si la créance de la société et celle de l'associé n'étaient point exigibles, les paiemens anticipés que ferait le débiteur n'en seraient pas moins soumis aux règles qui viennent d'être exposées. En conséquence, les deux créances étant de même nature, la répartition aurait lieu entre elles, quoique l'imputation eût été dirigée sur la créance de l'associé; au contraire, s'il y avait quelque raison pour le débiteur de se libérer de préférence envers l'associé, l'imputation faite dans ce sens serait maintenue.

338. Il faut aussi prévoir le cas où un paiement a eu lieu sans imputation expresse. Il est évident que le débiteur peut exiger qu'il s'applique à sa dette envers l'associé, si elle est pour lui la plus onéreuse; dès-lors, et d'après ce qui a été dit ci-dessus, cette volonté aura son effet à l'égard de la société.

339. Lorsque la créance de l'associé vient à s'éteindre par l'effet d'une compensation légale, il est impossible que la société s'y oppose, ou qu'elle réclame sa part proportionnelle dans la somme

---

(1) M. Delvincourt, tome III, notes, p. 231. M. Pardessus va même jusqu'à dire que si l'imputation est faite sur la créance de l'associé par le débiteur, quoique toutes choses soient égales, elle doit être maintenue. *V.* Cours de droit commercial, tome IV, n° 1016. *Contrà.* M. Duranton, tome XVII, n° 401. M. Dalloz, *verbo Société*, p. 90.

que l'associé est censé avoir reçue. Ce serait obliger celui-ci à un versement réel de fonds, quand il n'a reçu qu'un paiement fictif; d'ailleurs, c'est sans le vouloir qu'il se trouve payé, il est donc à l'abri du soupçon d'avoir mis plus de zèle et de soin au recouvrement qui le touche qu'à celui qui intéresse la société.

340. Il n'est pas besoin de dire que l'obligation pour l'associé, de gérer les affaires communes au moins aussi bien que les siennes, n'est pas réciproquement imposée à la société. En conséquence, lorsque celui des associés à qui est confiée l'administration, ou tout autre, reçoit le montant d'une créance sociale, la somme reçue reste exclusivement acquise à la société; il n'y a pas lieu de la répartir entre elle et l'associé, qui est personnellement créancier du même débiteur.

341. Je crois enfin que, lorsque l'administration de la société est confiée à un ou plusieurs associés, l'article 1848 n'est pas applicable aux autres. Comment ceux à qui il n'est pas permis de s'immiscer dans la gestion des affaires communes (1), pourraient-ils être assujétis à une règle qui présuppose non-seulement le droit, mais même l'obligation d'administrer? Ne serait-il pas étrange que l'associé, qui ne peut rien faire pour le compte de la société, fût censé avoir agi dans son intérêt, lorsqu'il aurait reçu ce qui lui était dû personnellement, et qu'il aurait formellement déclaré qu'il

(1) *Suprà*, n° 307.

s'occupait exclusivement du recouvrement de sa créance? M. Duranton est d'une opinion opposée, il la justifie par cette raison, qu'un associé, quoique non-gérant, a toujours mission pour faire le bien de la société. Cette manière de s'exprimer, vague et équivoque, dissimule ce qu'il y a de faux dans la pensée. Un associé a toujours mission pour faire le bien de la société! Qu'est-ce à dire? Entend-on qu'un associé est blâmable si, pouvant être utile à la société, il se retranche dans le rôle passif qui résulte pour lui de la nomination d'un administrateur? Certes, cela est incontestable. Il se comporte en égoïste; il manque aux convenances et même à une sorte de devoir moral. Mais prétend-on que, quoiqu'un administrateur ait été choisi, quoique la direction des affaires sociales lui ait été exclusivement confiée, quoiqu'il ait le droit d'empêcher ses co-associés de s'immiscer dans la gestion; cependant ceux-ci sont obligés de faire tous les actes qui peuvent être utiles à la société? Evidemment, c'est un système contraire à toute raison; c'est dire qu'un associé n'a pas la faculté d'agir et qu'il en a l'obligation; qu'il y a pour lui devoir de faire ce qui lui est défendu; en un mot, qu'il ne peut et qu'il doit. On tombe ainsi dans la plus évidente contradiction. (1)

342. L'article 1849 interdit à chaque associé de songer au recouvrement exclusif de sa part dans la créance commune, comme l'article 1848

(1) M. Pardessus, tome IV, n° 1018.

lui défend de se faire payer sa créance personnelle, en négligeant celle de la société. Il veut que, si la part entière d'une créance commune a été payée à un associé, elle soit rapportée à la masse, encore qu'il eût spécialement donné quittance *pour sa part* (1). C'est toujours le même principe. L'affaire de la société doit être pour chacun, au moins aussi importante que la sienne propre. Il y a encore une autre raison. Tant que dure la société, chaque associé n'a point une part distincte et tranchée dans les créances sociales, pas plus que dans les autres biens de la société, quelque divisibles qu'ils soient de leur nature.

L'article 1849 ne s'exprime pas en termes aussi absolus, que ceux que j'emploie pour énoncer mon opinion. Il ne fait point du rapport à la masse commune une obligation immédiate; il le subordonne à l'insolvabilité du débiteur; je l'impose, au contraire, comme un devoir actuel et indépendant des circonstances. Je ne crois pas, en effet, qu'il faille s'attacher ici à la lettre de l'article. Il indique le cas, où il y aura pour les associés un très grand avantage à demander la communication de ce qui a été reçu par l'un d'eux; il fait, en quelque sorte, ressortir la sagesse de sa disposition, par le choix d'un exemple; mais il n'entend point se restreindre à une hypothèse unique. Les motifs sur lesquels il est fondé le démontrent. D'une part, chaque

(1) Pothier. De la Société, n° 122. *L.* 63, § 5, *ff. pro socio.*

associé doit administrer les affaires de la société, il doit agir contre ses débiteurs et les contraindre à payer; quand il reçoit d'eux une somme, elle devient donc la propriété de la société, malgré lui, et nonobstant toutes les stipulations de sa quittance. D'un autre côté, tant que la société subsiste, il n'y a point de portion afférente à chaque associé, le partage seul détermine ce qui est la propriété exclusive de chacun; il ne dépend de personne d'anticiper sur ses effets et de diviser l'actif social, ou l'un des objets qu'il embrasse. Dès-lors, il est évident qu'un associé n'a pas et ne peut pas avoir un droit privatif sur la somme qu'il reçoit d'un débiteur de la société. A celle-ci donc appartient la somme payée, et du moment même où le paiement a lieu.

Au surplus, il n'est pas sans importance de savoir si le rapport immédiat est dû, ou si l'on est obligé d'attendre que l'insolvabilité du débiteur soit survenue et constatée; car dans l'intervalle, l'associé qui a reçu peut lui-même devenir insolvable, et il n'est pas indifférent pour la société, qu'un capital soit dans sa caisse ou entre les mains d'un associé.

« Par la même raison, dit Pothier (1), si un des associés trouvant une occasion de vendre avantageusement les marchandises de la société, au lieu de faire le marché pour le compte de la société, l'a fait pour son compte particulier, en vendant sa part dans les marchandises de la société, il sera

(1) *Loc. cit.*

obligé de rapporter à la masse commune ce qu'il a vendu de plus sa part, que l'autre n'a vendu la sienne. »

Il faut dire pour la vente ce qui a été dit pour le recouvrement des créances. Dès qu'elle a eu lieu, on peut exiger que le prix soit mis en commun.

Pothier ajoute (1) : « Il en serait autrement si l'un des associés avait vendu sa part dans une chose de la société qui n'était pas destinée à être vendue pour le profit de la société : quoique l'autre associé eût vendu la sienne moins que lui, il ne serait pas obligé de lui faire raison de ce qu'il l'a vendue plus que lui. »

Cette opinion, reproduite par M. Dalloz (2) et par M. Duranton (3), me paraît cependant complètement erronée. La chose aliénée est une partie de l'actif social, chaque associé y a un droit semblable ; par conséquent, il doit profiter du prix plus ou moins avantageux, moyennant lequel elle a été vendue. Qu'importe que la vente ait eu lieu contrairement à la destination de l'objet. Est-ce que, par hasard, l'associé vendeur serait plus favorable, lorsqu'il agit contre la loi du contrat, que lors-

(1) *Loc. cit.*

(2) V° *Société*, p. 190, n° 18.

(3) Tome XVII, n° 402. M. Duranton établit certaines restrictions qui me paraissent ramener la solution à-peu-près à mon sentiment. M. Delvincourt dit que la vente de partie des choses sociales est pour le compte de la société, et il ne fait point de distinction relativement aux choses qui ne sont pas destinées à être vendues, quoique certainement il eût Pothier sous les yeux. V. tome III, notes, p. 231.

qu'il obéit à ses stipulations? Mérite-t-il donc de profiter seul d'un bénéfice, précisément parce qu'il a aliéné ce qu'il était de son devoir de conserver?

Si l'on a voulu parler seulement du cas, où la vente ne doit pas recevoir d'exécution pendant la durée de la société, où l'associé a vendu une partie d'une chose commune, dans la supposition qu'elle tombera dans son lot, lors du partage; on aura raison de dire, si la prévision s'accomplit, que le bénéfice de cette transaction ne doit pas être commun. Mais cette hypothèse extraordinaire n'est pas celle qui se présente à l'esprit, à la lecture du passage de Pothier.

M. Duranton fait remarquer que la disposition de l'article 1849 est tirée de la loi 63, § 5, ff. *pro socio*. Ce fragment d'Ulpien, ajoute-t-il, semble n'être pas conforme, dans son principe, à la décision de Paul dans la loi 38, ff. *familiæ erciscundæ*; mais il suffit que le Code civil soit positif, à ce sujet, pour que nous soyons dispensé de chercher à concilier ces deux textes. (1)

Je me permettrai de dire que cela n'était pourtant pas difficile; car Pothier a très clairement expliqué que la règle vraie pour des cohéritiers ne l'est pas pour des associés; attendu que les premiers ne sont pas, comme les seconds, réciproquement obligés d'administrer les choses communes. (2)

---

(1) Tome XVII, n° 402.

(2) De la Société, n° 122. V. au surplus ce que j'ai dit, à ce sujet, *suprà*, n°s 35 et suiv.

343. L'administrateur doit le compte de sa gestion.

Il doit le rendre aux époques fixées par le contrat. Si le contrat garde le silence, les associés peuvent exiger qu'il leur soit présenté à certains intervalles périodiques. L'administrateur serait mal fondé à prétendre qu'il n'est tenu de le fournir qu'à la fin de sa gestion; les associés ont évidemment intérêt et droit de connaître fréquemment la situation de la société. Au surplus, en cas de discussion sur les époques auxquelles il convient que les comptes soient rendus, les tribunaux prononceront.

344. Le solde en faveur de la société produit intérêt, à partir du jour où les diverses sommes qui concourent à le former ont été employées par l'administrateur à son profit, sans préjudice de plus amples dommages-intérêts, s'il y a lieu.

Telle est la règle établie par l'article 1846 pour tout associé; il n'y a pas de raison pour ne pas l'appliquer à l'administrateur. On a fait remarquer que celui-ci y est soumis plus que tout autre, puisqu'il a le caractère de mandataire et qu'aux termes de l'article 1996 Code civil, tout mandataire doit l'intérêt des sommes qu'il a employées à son usage.

Cette observation est juste; mais si elle tend à rendre plus stricte l'obligation de payer les intérêts pour celui qui, dans le cours de son administration, a appliqué à ses besoins des sommes appartenant à la société; elle doit, d'un autre côté, faire admettre en sa faveur une distinction,

relativement au point de départ des intérêts.

345. Il est de jurisprudence que les deniers appartenant à la société sont censés avoir été employés à l'usage de l'associé qui les a touchés, du jour même où ils ont été entre ses mains, et qu'il doit par conséquent les intérêts à compter de ce jour; à moins qu'il ne prouve qu'il s'est servi des sommes, par lui reçues, dans l'intérêt commun (1). Il faut bien admettre cette présomption; sans cela la règle serait illusoire; il n'y aurait rien de plus facile que de l'éluder; l'associé déclarerait qu'il a gardé l'argent, sans y toucher, et l'on serait presque toujours dans l'impossibilité de prouver qu'il en a fait emploi dans son intérêt personnel. D'ailleurs l'associé, qui n'est point chargé de l'administration, n'est pas obligé de recevoir les sommes qui sont dues à la société; s'il les reçoit rien ne l'empêche de les verser dans la caisse sociale. Il ne doit donc pas se plaindre, lorsqu'il n'a pas pris cette précaution, que l'on fasse courir contre lui les intérêts de plein droit.

L'administrateur n'est pas dans la même position; il y a pour lui devoir de faire les recouvremens de la société; et souvent il lui est impossible d'employer sur-le-champ, dans l'intérêt de celle-ci, les sommes qu'il a reçues. Il doit même, presque toujours, conserver un fonds de roulement

---

(1) V. arrêt de la Cour de cassation du 22 mars 1813. Sirey, 13, 1, 386.

plus ou moins considérable, selon la nature des opérations qu'embrasse la gestion dont il est chargé. Si donc on lui appliquait dans toute sa rigueur la présomption, qu'aussitôt que les fonds sont entrés dans ses mains, ils ont été employés à son usage, on commettrait une souveraine injustice. Il faut reconnaître qu'il pourra, suivant les circonstances, n'être point tenu des intérêts de capitaux qui seront restés oisifs, et qu'il devra être cru, quelquefois sur sa seule allégation, lorsqu'il déclarera ou qu'il n'a point trouvé d'emploi convenable, ou qu'il a conservé certaines sommes comme fonds de roulement.

L'art. 1996, je l'ai déjà dit, indique cette distinction. Pour le mandataire ordinaire, il fait courir les intérêts des sommes qu'il a employées à son usage, du jour où l'emploi a eu lieu, et les intérêts des sommes dont il est reliquataire, du jour où il a été mis en demeure. Evidemment, cette disposition ne permet pas de considérer de plein droit comme employés par le mandataire à son usage, tous les deniers qu'il a reçus, du jour même de la réception; puisqu'elle exige une mise en demeure pour faire courir les intérêts des sommes, dont l'apurement de son compte le constitue débiteur. Sans doute, la même faveur ne sera point accordée à l'administrateur d'une société; il reste placé, comme associé, sous l'influence de l'article 1846: mais comme il est en même temps mandataire, la règle établie par cet article ne lui sera appliquée qu'avec le tempérament, dont je viens de parler. En un mot, deux qualités se confondent dans sa personne,

elles appellent la combinaison de deux dispositions différentes. (1)

346. En faisant ainsi courir les intérêts de plein droit contre l'associé, en décidant que, selon les circonstances, il pourra être exposé à de plus amples dommages-intérêts, on l'assimile à celui qui n'a point fourni au jour fixé par la convention la somme constituant son apport. Par conséquent, il y a lieu de reproduire ici les propositions qui ont été établies dans le chapitre III, en traitant de l'obligation pour chaque associé, de fournir sa mise (2). Il faut notamment reconnaître que, si l'associé qui fait usage à son profit personnel des sommes appartenant à la société l'empêche par là de remplir ses obligations et lui cause une perte quelconque; que s'il lui fait manquer une opération qui lui eût procuré des bénéfices, il lui devra une somme égale à la perte qu'elle aura subie, ou au bénéfice dont elle aura été privée, cette somme fût-elle supérieure aux intérêts calculés au taux légal.

347. Telles sont les obligations, dont est tenu l'associé qui gère les affaires de la société. Par réciprocité, il puise certains droits dans le fait même de la gestion. L'article 1852 en énumère plusieurs. Ainsi, tout associé a action contre la société, à raison des sommes qu'il a déboursées, des obliga-

(1) Dans l'espèce, sur laquelle est intervenu l'arrêt précité du 22 mars 1813, le gérant n'a été condamné au paiement des intérêts qu'à compter du jour de la dissolution de la société.

(2) V. *suprà*, nos 154 et 155.

tions qu'il a contractées de bonne foi pour elle, et des pertes qu'il a éprouvées par suite de sa gestion.

348. Ce n'est pas seulement le capital de ses avances qu'il peut réclamer; il a aussi droit aux intérêts. Quoique aucun texte ne le dise expressément, et quoique en règle générale les intérêts ne courent pas de plein droit, les auteurs s'accordent à reconnaître qu'ils courent à son profit. Ils pensent qu'il est juste de les lui allouer ; puisqu'il en doit lui-même pour les sommes appartenant à la société, qu'il emploie à son usage. Enfin, comme mandataire, il peut invoquer la disposition de l'article 2001 Code civil, lequel porte que l'*intérêt* des avances faites par le mandataire lui est dû par le mandant, à dater du jour des avances constatées (1). Domat ajoute que les dépenses faites par l'associé ne sont point un prêt; qu'elles sont seulement une plus grande contribution dans le fonds commun (2). Cette raison manque d'exactitude. Si elle était vraie, elle conduirait à décider, non que les intérêts des avances courent de plein droit, mais que l'associé qui les a faites doit avoir dans les bénéfices un supplément de part.

349. Il suffit que, soit dans les dépenses qu'il a faites, soit dans les obligations qu'il a contractées, l'associé ait agi de bonne foi et dans la limite de

---

(1) L. 67, § 2. ff. *pro socio*, L. 18, § 3. ff. *f* [illegible] vary, *Pareres*, 40 et 50. Coquille, Quest. 262. M. Duranton, tom. XVII, n° 411. Delvincourt, tome III. notes, page 229.

(2) Liv. I. tit. VIII, sect, IV, n° 11.

ses pouvoirs, pour qu'il ait droit de réclamer une indemnité. La société ne pourrait la lui refuser, par le motif que les dépenses ou les obligations n'auraient pas eu pour elle de résultats avantageux, alors que, dans le principe, elles étaient nécessaires ou utiles. Elle la devrait également, bien que l'associé eût excédé ses pouvoirs, si par le fait elle avait tiré quelque profit de ses actes; mais dans ce cas l'indemnité ne pourrait excéder l'avantage qu'aurait obtenu la société.

350. Les pertes qu'éprouve un associé, dans le cours de son administration, lui donnent droit à un dédommagement; pourvu toutefois que la gestion des affaires sociales ait été la cause immédiate et nécessaire de la perte. L'article 1852 exprime cette idée, en disant que l'associé a action contre la société, à raison *des risques inséparables de sa gestion*. Cette formule est empruntée à Pothier (1); pour en indiquer le véritable sens, on ne saurait donc mieux faire que de reproduire les développemens qu'il lui donne.

« L'associé, dit-il (2), doit être indemnisé des risques et des hasards qu'il a courus, lorsqu'ils étaient inséparables de la gestion qu'il a eue des affaires de la société, et qu'il ne les a courus que pour lesdites affaires : car, la société devant avoir tout le profit qui résulte de cette gestion, il est équitable qu'elle supporte tous les risques : *Ubi lucrum, ibi et periculum esse debet.* »

(1) *V.* de la Société, n° 128 et 131.

(2) N° 128 et suiv.

351. Il applique ensuite sa doctrine à des exemples. « Cela a donné lieu, poursuit-il, à la question qui a été agitée entre les jurisconsultes des deux sectes, de savoir si l'un des associés ayant été blessé par des esclaves qu'il menait vendre à une foire pour le compte de la société, en voulant les empêcher de se sauver, devait être indemnisé par la société des frais de pansemens et de médicamens faits pour sa guérison. Labéon, chef de l'école des Proculéiens, tenait la négative, parce que ces frais n'ont point été faits pour les affaires de la société, qui n'en a été que la cause occasionnelle; *quia id non in societatem, quamvis propter societatem impensum sit.* (1)

« Au contraire, Julien qui était de l'école des Sabiniens, tenait l'affirmative, et son sentiment a prévalu: *Secundùm Julianum tamen quod medicis pro se datum est recipere potest; quod verum est* (2). La raison est que le risque couru par cet associé d'être maltraité par ces esclaves, était un risque inséparable de leur conduite, qu'il n'avait couru que pour les affaires de la société, et dont il devait par conséquent être indemnisé par la société.

« Par la même raison, le même Julien décide que si un associé, dans un voyage qu'il faisait pour les affaires de la société, a été attaqué par des voleurs qui l'ont volé et qui ont blessé ses domes-

---

(1) L. 60. ff. § 1, *pro socio.*
(2) L. 61. ff. *d. tit.*

tiques, la société doit l'indemniser de ce qu'on lui a volé, et des frais qu'il a faits pour la guérison de ses domestiques. (1)

« Observez que la société n'étant tenue que des risques qui sont inséparables de la gestion de ses affaires, elle n'est tenue, dans l'espèce qu'on vient de rapporter, d'indemniser l'associé que du vol de ce qu'il était absolument nécessaire, eu égard à son état, qu'il portât avec lui pour son voyage. S'il a porté avec lui plus d'argent qu'il n'en fallait pour son voyage, et des choses dont il pouvait se passer, la société ne doit pas porter le risque de ce superflu, et ne doit pas en indemniser l'associé, s'il lui a été volé.

« Pareillement, s'il a mené avec lui un trop grand nombre de domestiques, la société n'est tenue que des pansemens de ceux qui lui étaient nécessaires pour son voyage.

« Si l'associé, qui avait porté avec lui plus d'argent qu'il ne fallait pour le voyage, en a sauvé une partie des mains des voleurs, ce qu'il a sauvé s'imputera-t-il sur la partie de son argent qui était nécessaire pour le voyage, et qui était aux risques de la société, ou la partie superflue qui était aux risques de cet associé? Je pense que, n'y ayant pas de raison de l'imputer plutôt sur l'une que sur l'autre, l'imputation doit se faire sur l'une et sur l'autre par proportion. Par exemple, si un associé qui n'avait besoin que de dix pistoles pour son voyage, en avait porté trente avec lui, et qu'il en eût sauvé

(1) L. 52. § 4; ff. *pro socio.*

six, la société qui n'était chargée que du risque du tiers des trente pistoles, ne doit profiter que du tiers de ce qui a échappé aux voleurs, et elle doit par conséquent indemniser de huit pistoles cet associé.

Pothier ajoute enfin : « La société est, à la vérité, tenue d'indemniser un associé des pertes qu'il a souffertes, lorsqu'elles sont une suite naturelle de certains hasards inséparables de la gestion des affaires de la société, auxquels ses associés auraient été exposés, comme lui, s'ils se fussent chargés de cette gestion ; mais elle n'est pas obligée de l'indemniser des pertes qu'il a souffertes, et dont la gestion des affaires de la société n'a été qu'une occasion purement accidentelle. Par exemple, si la société a eu un procès avec une personne qui était amie de l'un des associés, et que cette personne en haine du procès ait révoqué un legs qu'elle lui avait fait, ou l'ait fait destituer d'une commission qu'elle lui aurait procurée, quoique cet associé ait souffert ces pertes à l'occasion de la société, il n'est pas fondé à prétendre que la société l'indemnise.

« Pareillement un associé n'est pas fondé à prétendre que la société l'indemnise de ce que le soin qu'il a apporté aux affaires de la société lui a fait négliger ses propres affaires ; car il devait aux affaires de la société le soin qu'il y a apporté, et il en a été payé par la part qu'il a eue ou qu'il a pu avoir dans les profits de la société. Cela est conforme à ce qu'a décidé Labeon en la loi 60, § 1, qu'il n'est pas dû d'indemnité à un associé, *si*

propter societatem quis eum hæredem instituere desiisset, aut patrimonium suum negligenter administrâsset. »

Toutes ces solutions doivent être adoptées.

352. J'ai déjà eu occasion d'examiner si l'associé aurait droit à une indemnité, à raison de la perte d'un objet qu'il aurait mis dans la société pour la jouissance seulement. J'ai donné une solution négative (1) et j'y persiste. D'une part, les risques auxquels cet l'objet s'est trouvé exposé n'étaient point inséparables de la gestion ; car, sans la clause qui l'avait compris dans l'apport, l'associé n'eût pas été obligé de s'en servir pour les affaires de la société. D'un autre côté, il est constant que, hors les cas d'exception prévus par l'article 1851, les choses, dont la jouissance est mise dans la société, restent aux risques de l'associé propriétaire. Si donc, l'objet engagé de cette manière avait péri entre les mains d'un associé autre que celui à qui il appartient, par suite de la gestion des affaires sociales, il n'y aurait point lieu à indemnité ; pourquoi serait-elle due, lorsque la perte est arrivée dans l'usage qu'en a fait, pour l'intérêt commun, le propriétaire lui-même ?

353. L'indemnité, à laquelle a droit l'associé dans les cas ci-dessus énoncés, étant due par la société dont il est membre, il doit lui-même en supporter une partie.

---

(1) V. *suprà*, n° 187.

354. D'ailleurs, il faut considérer cette indemnité, non comme une dette envers un tiers, dont chaque associé serait tenu pour une part égale, mais bien comme une perte à la charge de la société, qui doit être répartie entre tous ses membres, dans la proportion de l'intérêt de chacun.

355. Par conséquent, si l'un des associés était insolvable, sa part devrait être supportée par tous les autres, y compris celui-là même à qui l'indemnité serait due. (1)

Supposons que quatre personnes aient formé une société, que l'une soit intéressée pour un douzième, une autre pour deux, une troisième pour quatre, la dernière pour cinq, et que celle-ci ait, par suite de sa gestion, éprouvé une perte de 1200 fr., elle aura le droit de réclamer contre le premier associé 100 francs, contre le second 200, contre le troisième 400; et 500 resteront à sa charge personnelle. Si le troisième associé, par exemple, est insolvable; les 400 fr. dont il était tenu seront répartis entre les trois autres, dans la proportion d'un huitième pour le premier, soit 50 francs, de deux huitièmes pour le second, soit 100 fr.; et les 250 fr. formant les cinq autres huitièmes seront supportés par l'associé administrateur.

C'est bien là l'opinion et la doctrine de Pothier; mais il a choisi pour l'expliquer une espèce, dans laquelle chaque associé est également intéressé

(1) L. 67. ff. *pro socio*. Pothier, de la Société, nº 133.

aux affaires sociales. J'ai cru devoir, au contraire, en prendre une où les parts fussent différentes, afin de bien faire ressortir quel est le véritable sens de la règle. (1)

356. Il importe peut-être de faire remarquer, quoique déjà cela soit dit implicitement, que quelle que soit la cause de l'indemnité due à l'associé administrateur, qu'elle naisse d'avances faites, d'obligations contractées, de pertes subies; si le fonds social ne suffit point pour l'acquitter, les associés en sont tenus sur leurs biens personnels. Elle constitue, en effet, une perte pour la société; celui-là seul serait donc dispensé d'en supporter une portion, qui aurait stipulé qu'il ne veut rien exposer au-delà de son apport.

357. Certaines dispositions de l'article 1859 et celles des articles 1860 et 1861 ne doivent point trouver ici leur explication, quoiqu'elles paraissent destinées à déterminer l'étendue des pouvoirs conférés à chacun pour l'administration de la société; car elles ont au moins tout autant pour objet, le réglement des droits des associés sur les choses communes et l'exposé des obligations dont ils sont tenus, à leur occasion. C'est au paragraphe suivant qu'il faut renvoyer le développement de ces dispositions; c'est également dans ce paragraphe et dans la section II du présent chapitre, que je parlerai des effets des actes de gestion, relativement aux tiers.

---

(1) Cujas *in lib.* 32 *Pauli ad edictum, ad leg.* 67, ff. *pro socio.*

§ V.

Des droits et des obligations des associés relativement au fonds commun.

SOMMAIRE.

358. *Liaison de ce paragraphe avec le précédent.*
359. *Principes qui dominent les droits et les obligations des associés, relativement au fonds commun.*
360. *Le droit pour chaque associé, de se servir des choses qui dépendent de la société, est subordonné à l'exploitation qui doit avoir lieu dans l'intérêt commun.*
361. *Ainsi, en général, les immeubles appartenant à la société doivent plutôt être donnés à bail, que possédés en commun.*
362. *Chaque associé est tenu de concourir aux dépenses nécessaires à la conservation des choses de la société.*
363. *Cependant on ne peut exiger indirectement qu'il fournisse au-delà de son apport.*
364. *Cas où l'associé qui a fait des avances, contracté des obligations, ou éprouvé des pertes, a droit à une indemnité.*
365. *Un associé ne peut faire d'innovations sur les choses appartenant à la société. Il est tenu des pertes qu'il a causées par sa faute. Il doit l'intérêt des sommes qu'il a prises dans la caisse sociale.*
366. *Chaque associé est tenu rigoureusement du dommage qui résulte de son dol.*
367. *L'associé non administrateur, créancier d'une personne qui est aussi débitrice de la société, n'est point obligé de souffrir la répartition de ce qu'il a reçu, entre sa créance et celle de la société.*
368. *L'associé, même non administrateur, est tenu de rap-*

porter à la masse ce qu'il a reçu du débiteur de la société, encore qu'il ait donné quittance pour sa part.

369. *L'associé non administrateur ne peut aliéner ni engager les choses même mobilières, qui dépendent de la société.*

370. *Toutefois si des choses mobilières, vendues à un acheteur de bonne foi, lui ont été livrées, la vente doit être maintenue.*

371. *En quel sens il est vrai que les associés peuvent aliéner leur part dans une ou plusieurs des choses qui appartiennent à la société?*

372. *Chaque associé peut vendre tout ou partie de ses droits dans la société.*

373. *Le cessionnaire ne devient point associé des associés de son cédant.*

374. *Nature et étendue de ses droits.*

375. *La cession d'une partie de ses droits, faite par un associé, ne constitue pas une société entre lui et son cessionnaire.*

376. *Des droits des associés contre le cessionnaire de l'un d'eux, à raison des profits qu'il a obtenus à l'occasion de la société, ou des pertes qu'il lui a causées.*

377. *Le cessionnaire d'un associé, qui se trouve en concours avec les créanciers de celui-ci, doit leur être préféré.*

378. *Le cessionnaire est saisi relativement aux tiers, du jour où sa cession a acquis date certaine; il n'est pas nécessaire que la cession soit signifiée aux associés du cédant ou acceptée par eux.*

379. *Toutefois, la signification ou l'acceptation est nécessaire pour les créances contre des tiers, ou même pour les créances du cédant contre ses associés, qui sont comprises dans la cession.*

380. *Le croupier est tenu de contribuer aux pertes causées à son cédant par l'insolvabilité des associés de celui-ci.*

358. Les droits des associés, sur les choses qui

composent le fonds social, et les obligations qui leur correspondent, sont considérés ici en faisant abstraction du pouvoir et du devoir d'administrer. Cependant, plus d'une fois, les règles et les solutions qui ont été présentées dans le paragraphe précédent trouveront leur application dans celui-ci. Il a été, en effet, impossible de parler des fonctions de l'administrateur, sans toucher à quelques-unes des questions, qui naissent des rapports des associés avec les choses qui font l'objet de la société.

359. Deux principes dominent les dispositions de la loi sur cette matière.

D'abord, chaque associé n'est point propriétaire d'une partie de l'actif social; c'est la société qui est propriétaire du tout.

En second lieu, le but de l'association n'est pas la jouissance indivise par tous les membres des choses mises en commun; mais bien la production de bénéfices à partager entre les associés.

Ces idées, déjà plusieurs fois énoncées, devaient nécessairement être rappelées ici, soit pour éclairer le sens de quelques textes ambigus, soit pour recevoir certains développemens qui doivent leur être donnés.

360. L'une d'elles semble être en contradiction avec l'article 1859. Il est dit en effet, au § 2, que « chaque associé peut se servir des choses appartenant à la société, pourvu qu'il les emploie à leur destination fixée par l'usage, et qu'il ne s'en serve pas contre l'intérêt de la société, ou de manière à empêcher ses associés d'en user selon leur droit. »

Voilà bien, contrairement à la doctrine que j'ai exprimée, la jouissance en commun présentée comme le droit de chaque associé.

Mais d'autres textes plus explicites, et l'opinion unanime des jurisconsultes proclament que toute société civile ou commerciale a pour trait caractéristique, pour élément essentiel, l'union des mises en vue de la production des bénéfices. (1)

Il est donc hors de doute que toutes les fois que, pour atteindre ce but, il faudra que les associés renoncent à la jouissance personnelle des choses qui composent l'actif social, ils devront s'abstenir de leur usage. L'article 1859 renferme lui-même cette pensée; puisqu'il défend aux associés d'user des choses communes, lorsque l'intérêt de la société s'y oppose. La loi 65, § 5, ff. *pro socio* dit aussi : *Non id quod privatim interest unius ex sociis servari solet; sed quod societati expedit* (2). Or, l'intérêt de la société est d'obtenir des profits par l'exploitation de l'actif social.

D'ailleurs, on ne conçoit guère comment un associé peut se servir des choses appartenant à la société, sans empêcher les autres d'en user selon leur droit; il faut pour cela, ou qu'il y ait dans le fonds commun autant d'objets de même espèce

---

(1) V. *suprà*, nos 5, 33 et suiv. Bouteiller appelle la société un assemblement de personnes qui est fait par accointement et assemblement de pécune et par participation de choses pour gaigner et faire plus profiteux monts et gaigns.

(2) Sur cette loi Godefroy s'exprime ainsi : *utilitas communis privatæ præfertur. V.* Cujas *ad. h. leg. in lib 32. Pauli ad edictum.*

que d'associés desireux de les employer à leur service, ou qu'on réglemente l'usage, de manière à ce que chacun en profite successivement et à son tour. La difficulté de semblables combinaisons est immense, elle dégénère souvent en impossibilité.

Ainsi, la jouissance par chaque associé des choses communes est l'exception; l'exploitation dans l'intérêt général est la règle.

361. L'application de ces principes a déjà démontré qu'en général les immeubles appartenant à la société doivent plutôt être donnés à bail que possédés en commun. (1)

« Par exemple, dit Pothier, s'il y a, dans la société, une maison à la ville, un associé ne serait pas recevable à s'opposer au bail à loyer que ses associés en voudraient faire à un étranger, en prétendant occuper une partie de cette maison, proportionnée à la part qu'il a dans la société, et en laissant le surplus de la maison à ses associés; il serait tenu de consentir le bail, ou de faire la condition meilleure et de faire trouver un plus haut prix dans un court délai qui lui serait imparti. Mais si c'était une maison de campagne qui ne fût pas destinée à être louée, *putà*, si c'était un château à la campagne, ou même une maison de ville qui aurait été, par une clause du contrat, mise dans la société pour servir à l'habitation des associés, un associé ne pourrait pas être empêché par ses as-

---

(1) V. *suprà*, n° 315.

sociés d'en occuper une partie proportionnée à la part qu'il a dans la société. »

362. Chaque associé est tenu de concourir aux dépenses qui sont nécessaires à la conservation des choses de la société; chacun peut contraindre les autres à remplir avec lui cette obligation.

363. Le § 3 de l'article 1859, qui établit cette règle, est la reproduction littérale d'un passage de Pothier (1), qui lui-même est emprunté à la loi 12, ff. *comm. divid.*

En remontant ainsi à la source, on aperçoit qu'une obligation imposée aux communistes a été étendue aux associés; c'est un motif pour l'appliquer à ceux-ci avec une certaine réserve. Il ne faudrait pas notamment que, sous prétexte d'exécuter des travaux nécessaires à la conservation des choses de la société, on pût contraindre les associés à donner plus qu'ils n'ont promis pour leur apport. (2)

Sans doute si, après que toutes les mises ont été fournies, il est nécessaire, pour prévenir la perte du fonds commun, de faire quelques dépenses peu considérables; si surtout, à raison de la nature des choses mises en société, on a dû prévoir cette nécessité, les associés devront s'y soumettre et fournir chacun leur quote part; ce sera un supplément d'apport auquel ils seront censés s'être tacitement engagés. Les exemples que

(1) De la Société. n° 86.
(2) V. *suprà*, n° 216.

donne Pothier, pour l'application de la règle, prouvent que tel est son esprit. (1)

Mais si les choses appartenant à la société se trouvaient accidentellement menacées d'un grave danger, et qu'il fallût pour le prévenir dépenser une somme importante; un associé n'aurait pas le droit de contraindre les autres à contribuer à une pareille dépense, lorsque ceux-ci préféreraient courir la chance de perdre entièrement ce qu'ils auraient mis dans la société. Seulement il pourrait, sur leur refus, faire à ses périls et risques les avances nécessaires, sauf à les prélever sur le fonds social conservé par lui, s'il y avait de quoi le remplir de ses débourssés. A la vérité, on a vu que l'associé administrateur qui a fait des avances, contracté des obligations, ou éprouvé des pertes pour la société, a une action en indemnité contre chacun de ses associés, et que cette action peut s'exercer sur leurs biens personnels, en cas d'insuffisance de l'actif social (2). Cela se conçoit, parce qu'il faut bien qu'ils supportent une perte accomplie, que la prudence de l'administrateur n'a pu prévenir, et qui résulte de faits auxquels ils ne se sont point opposés. Mais, lorsque, sur un appel de fonds constituant un véritable supplément d'apport, ils ont résisté, déclarant qu'ils préféraient voir les choses communes périr et le

(1) Il parle de bâtimens qui ont besoin de réparations, d'une partie de vin dont les tonneaux ont besoin d'être reliés à neuf. n° 86. V. aussi M. Duranton, tome XVII, n° 414.

(2) V. *suprà*, n° 356.

société se dissoudre; lorsque l'évènement justifie leur prévision, et que, malgré les travaux faits par l'un d'eux, l'actif social n'est point conservé, ou que du moins ce qui l'est ne suffit pas pour couvrir les dépenses, il serait bien étrange qu'on les condamnât à indemniser celui qui les a faites.

364. J'ai expliqué, dans le paragraphe précédent, qu'une indemnité est due à l'associé administrateur, pour ses avances, pour les obligations qu'il a contractées, et à raison des pertes qu'il a éprouvées par une conséquence immédiate et directe de sa gestion (1). Il semble qu'il n'y ait point d'application possible de cette règle à l'associé qui n'est pas administrateur; car rien ne l'oblige à faire des avances, à contracter des obligations, et à courir des risques en gérant. Cependant si, avec l'intention d'être utile à la société, il a dépensé quelques sommes, pris quelques engagemens, s'il s'est exposé à des risques qui lui ont causé des pertes, n'est-il pas équitable de lui accorder un dédommagement? Sans doute cela est juste et l'indemnité ne peut être refusée, du moins jusqu'à concurrence de l'avantage qu'a retiré la société des actes de l'associé. Mais il ne faut pas perdre de vue qu'entre celui, qui n'a ni l'obligation ni même le droit d'administrer, et l'associé administrateur, il existe une différence remarquable; que le premier, qui pouvait et devait s'abstenir de

(1) V. *suprà*, nos 346 et suivans.

tout acte de gestion, sera bien peu favorable, lorsqu'il viendra se plaindre du préjudice qu'il souffre. On lui répondra avec raison qu'il a eu tort de s'immiscer dans l'administration dont il était exclu, et de s'exposer ainsi à des chances que rien ne le forçait à courir. Ce n'est donc que lorsque des circonstances graves et pressantes l'auront engagé à faire des actes qui lui étaient interdits, qu'il aura le droit de réclamer une indemnité. Je suppose que l'associé non-seulement n'est point un des administrateurs désignés, mais même qu'il y en a d'autres que lui, à qui la gestion a été attribuée; en sorte qu'il n'a pas le pouvoir d'administrer que chaque associé, en l'absence de toute convention, tient de la loi. Cette observation a déjà trouvé place au commencement de ce paragraphe, je la reproduis, afin de prévenir toute méprise sur le sens véritable de mes opinions.

364. L'associé administrateur ne peut faire d'innovations sur les choses appartenant à la société; (1)

Il est tenu des pertes qu'il a causées par sa faute; (2)

Il doit, enfin, l'intérêt des sommes qu'il a prises dans la caisse sociale, du jour où il les a employées à son usage. (3)

A plus forte raison, on doit décider de la même

---

(1) V. suprà, n° 321.
(2) V. suprà, n°s 322 et suiv.
(3) V. suprà, n°s 343 et suiv.

manière pour l'associé qui n'a point le droit d'administrer.

En effet, celui qui ne peut faire les actes ordinaires de gestion, ne peut pas certainement se permettre d'opérer des changemens.

Celui, à qui l'administration est interdite, commet une faute par cela seul qu'il s'en mêle. (1)

Enfin, celui qui n'avait aucun motif légitime pour s'emparer des fonds de la société, est bien naturellement présumé les avoir employés à son usage, du jour même où il les a pris. (2)

366. Il m'a paru inutile de démontrer que si l'administrateur est responsable de sa faute, il l'est aussi de son dol. Je crois qu'il est également superflu de dire que chaque associé doit la réparation du dommage qu'il a causé, avec une intention malveillante, aux choses qui dépendent de la société. (3)

Le dol entraîne toujours une grave responsabilité; il mérite surtout une sévère répression quand il est pratiqué entre associés. Les moralistes, comme les jurisconsultes, enseignent cette doctrine. Elle est notamment établie dans un passage de Cicéron, que Puffendorf trouve beau, à juste titre. Il offre en effet une exacte appréciation des devoirs des associés; et des considérations véritablement juridiques y sont présentées, sous une forme en même temps

---

(1) V. *suprà*, n° 329.

(2) V. *suprà*, n° 345.

(3) *V*. Despeisses, sect. IV, § 25. n° 3. Rousseaud de Lacombe v° *société*. Sect. III, n° 19.

simple, vive et élégante. Le voici: *In rebus minoribus socium fallere turpissimum est.... neque injuriâ propterea quod auxilium sibi putat adjungisse, qui cum altero rem communicavit. Ad cujus igitur fidem confugiet, cum per ejus fidem læditur, cui se commiserit? atqui ea sunt animadvertenda peccata maximè, quæ difficillimè præcaventur. Tecti esse ad alienos possumus: intimi multa apertura videant necesse est. Socium vero cavere qui possumus? Quem etiam si metuimus, jus officii lædimus. Rectè igitur majores eum, qui socium fefellisset, in virorum bonorum numero non putarunt haberi oportere.* (1)

En s'inspirant de ces sages et ingénieuses réflexions, le juge appelé à prononcer sur le dol et la fraude d'un associé, trouvera infailliblement la juste mesure de sévérité qui doit leur être appliquée.

367. On peut voir dans le paragraphe précédent que la disposition de l'article 1848 n'est point applicable à l'associé qui est écarté de l'administration. Ainsi, lorsqu'il est créancier d'une personne qui est aussi débitrice de la société, il n'est point obligé de souffrir que la répartition de ce qu'il a reçu se fasse entre sa créance et celle de la société. (2)

368. Au contraire, l'article 1849 régit aussi bien l'associé étranger à l'administration que celui qui administre. L'un comme l'autre est

---

(1) *Orat. pro. Sex. Rosc. Am. Cap.* 40.
(2) V. *suprà*, n° 342.

obligé de rapporter à la masse commune ce qu'il a reçu d'un débiteur de la société; encore qu'il ait spécialement donné quittance pour sa part. Ni l'un ni l'autre n'est propriétaire d'une part de la créance commune; il y a donc même raison pour leur refuser le droit de s'en saisir, au détriment de la société. (1)

369. En général, les choses qui composent l'actif social ne peuvent être engagées ni aliénées. L'aliénation n'en est autorisée, que lorsqu'elle est indispensable pour que le but de la société soit atteint (2); et, dans ce cas, ce n'est évidemment que l'associé chargé de l'administration qui a capacité pour engager ou pour vendre.

Ainsi, l'article 1860 ne fait qu'énoncer une vérité incontestable, qu'exprimer une conséquence de principes certains, en disant que l'associé qui n'est point administrateur ne peut disposer des choses, même mobilières, qui dépendent de la société.

370. Toutefois, si l'aliénation de choses mobilières a été faite à un acheteur de bonne foi, et qu'elle ait reçu son exécution par la livraison; elle devra être maintenue, comme l'est toute vente de choses mobilières faite *à non domino,* lorsque l'acquéreur est de bonne foi et a été mis en possession. (3)

371. Les associés peuvent-ils du moins aliéner

(1) V. *suprà,* n° 342.
(2) V. *suprà,* n° 310.
(3) *Voy.* M. Toullier, tome VI, n° 205.

leur part dans une ou plusieurs des choses qui appartiennent à la société? Cette question a reçu de la plupart des auteurs une solution affirmative (1). En répondant ainsi d'une manière absolue et tranchante, ils risquent d'induire en erreur ceux qui les consultent. Après avoir dit qu'un associé ne peut aliéner les choses même mobilières, ajouter qu'il peut vendre sa part, c'est donner à entendre que, suivant les effets ordinaires des ventes, la propriété de cette portion est actuellement transmise à l'acheteur; que celui-ci a désormais un droit certain et irrévocable; et que, s'il ne peut demander la délivrance sur-le-champ, il devra obtenir la chose vendue, à l'époque de la dissolution de la société.

Cette interprétation n'est pas cependant celle qu'il faut adopter. Il n'est aucun jurisconsulte qui ne la repousse. Tous reconnaissent que l'exécution d'une pareille vente est subordonnée au résultat du partage, et que, s'il ne tombe dans le lot de l'associé vendeur aucune portion de la chose, objet de la convention, la vente restera sans effet. Dans ce cas, l'associé aura vendu ce qui ne lui a jamais appartenu, d'après la fiction qui fait considérer chaque co-partageant, comme propriétaire unique des objets compris dans son lot, et comme n'ayant jamais eu la propriété des autres choses de la masse commune.

---

(1) Cujas *ad leg.* 67, ff. *pro socio*. Charondas, *Repons.* liv. 13, ch. 37 Rousseaud de Lacombe, v° *société*, sect. III, n° 7. Pothier. De la Société, n°s 91. M. Duranton, tome XVII, n° 442.

L'aliénation d'une part dans tel ou tel objet dépendant de la société est donc une vente sous condition suspensive; efficace, ou inutile, selon l'évènement du partage. (1)

372. Si on ne s'est pas borné à vendre une part dans une ou plusieurs choses faisant partie du fonds social, s'il y a eu cession par un associé d'une portion de son intérêt dans la société, d'une quote part de ses droits comme associé, la vente cesse d'être conditionnelle; son existence n'est plus subordonnée à l'évènement du partage; car l'associé vendeur aura toujours un lot, quelles que soient les choses qui le composent; et c'est une partie de ce lot qui est transmise à l'acheteur.

L'article 1861 du Code civil détermine les effets de cette convention, relativement aux autres associés; on dira bientôt comment il les règle. En ce moment, sa disposition n'est rappelée que comme reconnaissant implicitement la possibilité de la cession par un associé d'une partie de ses droits. Où serait d'ailleurs l'obstacle légal à la transmission? Certainement les droits d'un associé ne sont point attachés à sa personne, par conséquent ils sont cessibles.

---

(1) La vente consentie par un associé sera valable si l'objet vendu tombe dans son lot, quand bien même on considérerait la chose vendue, comme ne lui appartenant pas au moment de la vente; car la vente de la chose d'autrui devient valable du moment où le vendeur en acquiert la propriété. *Voy.* tome XV (Ier de ma Continuation), n° 219. M. Troplong, de la Vente, n° 36. Des hypothèques, tome II, n° 522.

Il n'est pas douteux que la cession totale est également valable ; ce qui est vrai pour la partie doit l'être pour le tout.

373. Mais totale ou partielle, elle n'a point pour résultat de transmettre tous les droits et toutes les obligations du cédant au cessionnaire, de telle sorte que l'un cesse d'être compté parmi les associés, et que l'autre vienne occuper sa place, ou du moins la partager. Dans les sociétés, la considération des personnes est presque toujours d'une grande importance. D'abord, lorsque l'apport consiste en industrie, il est évident que l'aptitude de chaque associé est le motif déterminant pour les autres ; et alors même que les mises se composent d'argent ou d'autres objets, il n'est pas indifférent de contracter avec telle ou telle personne. L'intimité et la durée des rapports que crée la société exigent que chacun ait le droit de conserver pour associés ceux qu'il a choisis, et de repousser ceux avec qui il ne lui convient pas de s'unir. « La confiance personnelle est la base de ce contrat, et l'ami de notre associé peut n'avoir pas notre confiance. (1)

Cette doctrine, enseignée par tous les jurisconsultes, est consacrée par plusieurs lois du Digeste (2) et par un texte formel du Code civil

II

(1) M. Treilhard. *Voy.* M. Locré, tome XIV, page 524. Voyez aussi les discours de MM. Boutteville et Gillet, p. 540 et 553.

(2) *Qui admittitur socius, ei tantum socius est qui admisit, et rectè. Cùm enim societas consensu contrahatur ; socius mihi esse non potest, quem*

« Chaque associé, dit l'article 1861, peut, sans le consentement de ses associés, s'associer une tierce personne relativement à la part qu'il a dans la société; il ne peut pas, sans ce consentement, l'associer à la société, lors même qu'il en aurait l'administration. »

374. Le cessionnaire de tout ou partie des droits d'un associé n'a donc pas le droit d'administrer, comme son cédant, les affaires de la société; il ne peut ni voter dans les délibérations, ni user des choses qui composent le fonds social, ni exercer personnellement une surveillance, qui le mette en contact avec les membres de la société pendant sa durée. C'est seulement, au moment des distributions périodiques de bénéfices et lors du partage définitif, qu'il lui est permis d'intervenir, pour empêcher que ces opérations ne soient faites à son préjudice. Son droit, sous ce rapport, ne se borne pas à exiger que son cédant reçoive dans les profits ou dans le fonds la part qui lui est accordée par la convention, et que son lot soit composé de choses de même nature et valeur que les lots des autres associés; il est encore fondé à surveiller la formation de la masse. Si, par exemple, le cédant négligeait d'y faire rapporter des choses qui devraient y être comprises, s'il ne réclamait pas les indemnités dues à la société par quelques-uns des

---

ego socium esse nolui. Quid ergo, si socius meus eum admisit? ei soli socius est. Nam socii mei socius, meus socius non est. Il. 19 *et* 20 *ff. pro socio et L.* 47 *ff. de div. reg. juris.*

associés, ou s'il s'abstenait de demander celles qui lui seraient dues à lui-même ; il est hors de doute que l'action du cessionnaire, tendante à faire réparer ces omissions, devrait être accueillie.

Ce n'est là lui permettre que ce que pourrait faire tout créancier d'un associé, exerçant, en vertu de l'article 1166 Cod. civ., les droits de son débiteur; et il ne faut pas, en effet, lui accorder davantage. Entre le cessionnaire et le créancier d'un associé, il n'y a d'autre différence que celle-ci : l'un tient son droit de la convention, l'autre de la disposition de la loi. Sans doute s'ils se trouvent en concours, pour la distribution du lot échu à l'associé, cette différence produit des conséquences graves que je vais bientôt indiquer; mais elle les laisse sur le pied d'une égalité complète, lorsqu'ils ont à agir contre la société.

375. Avant d'aller plus loin dans ces explications, sur les rapports de la société avec le tiers à qui un associé a cédé partie de ses droits, je crois convenable de présenter une observation sur la qualification que les lois romaines, le Code civil, et presque tous les jurisconsultes donnent à ce tiers. Ils reconnaissent qu'il n'est point membre de la société déjà existante; mais ils disent qu'il est l'associé de celui des associés, avec qui il a traité; et pour exprimer cette idée, ils le nomment son *croupier*. (1)

J'hésite à combattre une doctrine que les textes

---

(1) Ferrière, Dictionnaire de pratique. Merlin, Questions de droit

formels de la législation vivante consacrent, qui est empruntée à des textes non moins explicites du droit romain, et contre laquelle aucune voix, que je sache, ne s'est encore élevée (1). Cependant plus j'examine le contrat qui intervient entre les parties, plus je crois fermement qu'il crée une communauté; qu'il ne constitue point une société véritable.

Même lorsque la cession est faite à titre onéreux, n'est-il pas vrai qu'il n'y a point d'apport fourni par chacun des contractans, et point de chose commune formée par leur réunion? Cela paraît incontestable; car la somme d'argent que paie le cessionnaire entre dans la caisse du cédant, devient sa propriété personnelle; elle n'est donc pas la mise du cessionnaire.

Lorsque la cession a lieu à titre gratuit, il n'y a plus même l'apparence d'apport.

Cette première réflexion semble exclure toute idée de société; mais il faut reconnaître, avec M. Pardessus, « qu'il n'est pas toujours nécessaire que ce qui est donné par une personne, pour devenir membre d'une société, y entre effectivement et concoure à en former l'actif (2). » Pour justifier cette proposition, qu'on serait tenté de repousser comme un paradoxe, il suffit d'analyser avec soin

(1) *Voy.* arrêt de la cour de Bordeaux du 5 février 1833, Sirey-Devilleneuve; 33, 2, 307. Cujas, *ad leg.* 47 *ff. De reg. juris.* T. VIII, col. 777.

(2) Cours de droit commercial, tome IV, n° 984.

la convention qui intervient entre l'associé et le tiers, à qui il transmet une partie de son intérêt. Au moyen de la cession gratuite ou onéreuse, le cessionnaire acquiert une portion des droits du cédant. Quand il en est ainsi devenu propriétaire, il l'unit de nouveau à celle qui est restée dans les mains du vendeur ou donateur, et une masse commune, un fonds social se forme réellement par la réunion de choses appartenant à chacun des contractans.

Cette explication trancherait la difficulté, si d'ailleurs l'on retrouvait les effets ordinaires d'une société, dans les conséquences du contrat qui est intervenu entre les parties; mais il est constant qu'au contraire les règles applicables à des associés ne peuvent convenir à la position qu'elles se sont faite. D'abord, selon le droit commun, et à moins de convention opposée, chaque associé a l'administration des choses qui composent le fonds social: or, le cessionnaire qu'on voudrait convertir en associé, doit rester complètement étranger à la gestion. En outre, il ne peut pas user, comme un associé, des choses qui dépendent de la société. Enfin, sa mort ou sa déconfiture ne mettrait pas fin aux rapports établis entre lui et son cédant; car celui-ci ne pourrait être contraint à rendre tout ou partie du prix qu'il aurait reçu; encore moins à faire un partage, qui est impossible tant que dure la société principale. Il n'y a donc pas une seconde société constituée, à côté de la première; il y a seulement communauté entre le tiers et l'associé, qui lui a vendu ou donné une partie

de ses droits. On s'étonnera moins que jusqu'ici cette observation n'ait point été faite, si l'on songe que la communauté et la société sont presque toujours confondues dans les esprits des jurisconsultes et même dans les dispositions de la loi. Le premier, si je ne me trompe, j'ai essayé d'établir entre elles une ligne de démarcation profondément tracée (1); d'autres, après moi, y réussiront, et alors on aura la solution de beaucoup de difficultés et la démonstration d'une foule d'erreurs.

---

(1) *Voy.* ce que j'ai dit à ce sujet, *suprà*, n.os 33 et suiv.

Je n'ai pas la prétention, ainsi que je le dis dans le texte, d'avoir le premier reconnu que la société et la communauté sont différentes; mais il me semble que leurs différences n'ont pas été assez nettement indiquées; et qu'on rendra un véritable service à la science en les mettant en évidence. Zoezius, professeur de Louvain, s'exprime à ce sujet de manière à prouver que, parmi les interprètes les plus habiles du droit on ne trouve pas la distinction tracée avec la fermeté et la précision convenables : *Ubi quæsitum an emptio alicujus rei communiter facta a pluribus inducat societatem? Asserit Bart. in leg. 2 sup. comm. divid. et videtur insinuare. L. cum proponas 2 Cod. hoc. tit. Verum contra dicendum per expressum text. in l. ut sit 31 hoc tit. ubi dicitur non indè sequi societatem initam, quòd res simul empta vel legata, vel donatio communiter nobis obvenit, cum hujus modi etiam citra societatem contingant, nisi accedant aliæ conjecturæ quæ societatem initam videri faciant, uti communicatio lucri et damni, ut tradit Roman. cons. 291; aut alius actus qui citra jus nomenque societatis fieri nequit: Menoch. Præsumpt, cap. 36 num. 26. Nec obstat dict. l. 2 nam, ut glossa ibi rectè explicat, emptio ibi facta est animo ineundæ societatis. Mozzius de nat. societ.* n° 37 *et seq.* — *Ad titulum pro socio.*

Il est remarquable que, quoique l'art. 1861 qualifie d'associés, l'un par rapport à l'autre, le cédant et le cessionnaire, dans les discours prononcés par MM. Treilhard, Bouteville et Gillet au Corps législatif et au Tribunat, cette expression ne se trouve point employée. *Voy.* M. Locré, tome XIV, pages 524, 540 et 553.

376. Pothier prévoit le cas où le tiers, à qui l'un des associés a cédé partie de ses droits, s'est, contrairement à la règle qui lui est imposée, immiscé dans la gestion des affaires de la société; et il enseigne que le fait de ce tiers doit être regardé comme le fait propre de l'associé, soit pour le profit, soit pour le dommage, puisque c'est lui qui l'a préposé. Développant sa pensée, il décide que, si ce tiers a obtenu quelque gain provenant des choses formant l'actif social, ou s'il a causé quelque dommage à la société, les associés n'ont pas d'action directe contre lui, pour lui faire rendre compte du gain ou obtenir une indemnité à raison du dommage; qu'ils ne peuvent s'adresser qu'à leur associé, à raison des actes de son représentant (1).

Dans le projet présenté au Conseil d'état, l'article 1861 contenait un second alinéa ainsi conçu: « Il (l'associé) répond des dommages causés à la société par cette tierce personne, comme de ceux qu'il aurait causés lui-même. » Cette disposition fut supprimée, et il n'est pas inutile de rappeler la courte discussion qui a amené le retranchement; on y verra la confirmation de la doctrine de Pothier.

M. Defermon faisait remarquer que le dernier alinéa paraissait être en contradiction avec le premier; car s'il est permis, disait-il, à l'un des associés d'introduire un tiers dans la société, il ne doit pas répondre de lui.

(1) De la société, nº 93.

M. Berlier répondait que, soit que l'associé n'use que de son droit, en associant quelqu'un à sa part, simplement, soit qu'il abuse de ce droit en allant au-delà, la tierce personne ne devient point membre de la société. Rien de contraire, ajoutait-il, n'est dit par la dernière disposition de l'article, qui suppose seulement que le tiers a pu s'ingérer et nuire à la société. Ceci peut avoir lieu de la part de tout autre que de ceux qui sont membres de la société : ainsi, point de contradiction entre les deux dispositions; mais, à la rigueur, la seconde peut fort bien paraître inutile, car la garantie qu'elle exprime est de droit, et, en ne considérant le tiers que comme un préposé de l'associé, celui-ci répond de ses faits.

M. Treilhard dit qu'en effet l'article donnait à l'associé le droit d'associer un tiers à sa part, mais non à la société; que si ensuite il lui plaisait d'employer ce tiers aux affaires de la société, il en répondait comme de son agent.

M. Regnaud (de Saint-Jean d'Angély) ayant fait observer que la disposition était prise textuellement de Pothier, M. Treilhard répliqua qu'il était néanmoins inutile de l'exprimer, et qu'on avait énoncé ailleurs le principe général que chacun répond de ceux qu'il emploie. (1)

La disposition fut en effet retranchée, et l'on voit par quel motif. Ainsi, la responsabilité de l'associé envers ses co-associés, et le droit de ceux-

(1) M. Locré, tome XIV, page 500.

ci d'agir contre lui, quoique non exprimés, sont incontestables. Est-il également vrai que toute action directe contre la tierce personne soit absolument interdite aux associés ? je ne le crois pas. M. Berlier disait avec raison que, relativement à la société, le fait de la tierce personne cessionnaire d'un associé, qui s'immisce dans la gestion des choses sociales, a le même caractère que celui de toute autre personne entièrement étrangère à chacun des associés, et qui viendrait se mêler de gérer les affaires de la société. Or, certainement contre celle-ci les associés auraient le droit d'agir directement, soit pour lui faire rendre les bénéfices qu'elle se serait procurés, dans le maniement des choses composant l'actif social, soit pour obtenir la réparation des pertes, qu'elle aurait causées à la société.

377. J'ai dit précédemment que les droits du tiers, cessionnaire de l'un des associés, contre la société, ne sont ni plus ni moins étendus que les droits d'un créancier de cet associé; qu'il n'y a entre eux d'autre différence, si ce n'est que, l'un agit en vertu de son contrat, et l'autre en vertu de la disposition de l'article 1166 (1). J'ai eu soin d'ajouter que ce qui est sans intérêt, lorsqu'on compare les droits du cessionnaire et du créancier con-

(1) M. Duranton me paraît n'avoir pas assez nettement montré cette distinction. Tantôt il semble dire que le cessionnaire puise son droit dans l'article 1166, tantôt il reconnaît que son contrat lui suffit. Cette hésitation nuit peut-être un peu à la clarté de sa discussion, mais il donne à la question que j'examine une solution parfaitement juridique. *Voy.* tome XVII, n° 444.

tre la société, produit des résultats importans lorsque, le lot de l'associé étant fixé, il s'agit d'en faire la distribution entre ses ayant-droit. Si, en effet, un cessionnaire se trouve en concurrence avec des créanciers, il leur sera préféré; par la raison que le lot, ou la partie du lot qui lui a été cédée est devenue sa propriété du jour où la cession a été faite, et que les créanciers de son cédant ne peuvent point réclamer leur paiement sur une chose qui a cessé d'appartenir à leur débiteur.

378. Pour que la cession soit ainsi opposable aux tiers, suffit-il qu'elle ait obtenu date certaine, avant que ceux-ci n'aient fait des actes conservatoires? Faut-il au contraire que, conformément à l'article 1690 Cod. civ., elle ait été signifiée ou acceptée par acte authentique?

Ce que j'ai dit, dans mon Traité de la vente, sur la saisine en matière de cession de droits successifs reçoit ici son application (1). Les associés sont, à cet égard, entre eux, dans la même position que des co-héritiers. L'un n'est point le créancier des autres; ils sont tous co-propriétaires de choses indivises. Il faut donc décider, en général, que le cessionnaire est saisi du jour où l'acte de cession a acquis date certaine, sans qu'il soit besoin de signification aux autres associés, ou d'acceptation par eux dans un acte authentique.

379. Toutefois, si l'actif social comprend des

---

(1) Tome XVII (IIe de ma Continuation), no 351.

droits ou des créances contre des tiers, et qu'une partie tombe dans le lot du cédant; si lui-même est créancier de ses associés, par suite des opérations sociales; le cessionnaire ne sera saisi, à l'égard des tiers, des créances contre les débiteurs de la société, ou des créances personnelles du cédant contre ses co-associés, que par la signification ou l'acceptation faites dans la forme de l'article 1690. Il n'est pas besoin d'expliquer pourquoi, relativement à ces créances, on rentre dans le droit commun; on le comprend facilement. Au surplus cela a été expliqué, en parlant des cessions de droits successifs. (1)

380. De ce que l'associé est garant des faits de son cessionnaire envers la société (2), M. Merlin conclut que l'associé est aussi tenu de garantir son cessionnaire des pertes résultant de l'insolvabilité de ses co-associés.

« Le croupier, dit-il, n'a rien de commun avec les associés de son cédant. La société particulière qu'il a contractée envers lui subsiste par soi; elle est, selon l'expression de Domat, *séparée de la première*. Voilà sa *nature*.

« Son *objet* est l'entreprise formée par la société principale et cet objet est purement *réel*. On vient de voir que les personnes avec qui le cédant est associé n'ont rien de commun avec le croupier; c'est donc uniquement à la chose que le croupier doit prendre part.

---

(1) *Loc. cit.*
(2) Voy. *suprà*, n° 376.

« Ainsi il entrera dans toutes les pertes qui naîtront de l'entreprise même. Si un incendie consume le magasin dans lequel sont renfermées les marchandises pour le commerce desquelles on s'est associé ; si quelques-uns de ceux à qui on les a vendues n'en paient pas le prix, le croupier en souffrira comme son cédant ; cela est sans difficulté.

« Mais il ne sera nullement chargé des pertes qui proviendront des associés même de son cédant, parce qu'il n'est point garant de leurs faits. Qu'ils enlèvent la caisse de la société, qu'ils deviennent insolvables, peu lui importe. Ces pertes ne regardent point la société considérée en soi ; mais seulement les associés entre eux ; et loin qu'ils puissent rejaillir de la personne de son cédant sur la sienne, il aura au contraire une action contre son cédant même, pour s'en faire indemniser. » (1)

Cette opinion ne me paraît pas devoir être adoptée.

Elle est fondée sur la supposition que l'associé cède à son croupier ses droits sur les choses qui forment le fonds social, en faisant abstraction de ses rapports avec ses co-associés.

C'est là, si je ne me trompe moi-même, une erreur évidente.

Nous supposons que la cession est faite en termes généraux, sans clause spéciale qui puisse

---

(1) Questions de droit, v° *Croupier*. Voy. aussi Répertoire de M. Favard de Langlade, v° *société*, chap. II, sect. III, § II, n° 9.

révéler telle ou telle intention particulière. Que cède alors l'associé ? Sa portion dans les choses qui composent le fonds social ? Non. Ce n'est pas là rigoureusement ce qui forme l'objet du contrat. L'associé transmet partie de ses droits dans la société. Or, ces droits, lorsque le moment de les exercer sera venu, lui procureront un lot composé de choses appartenant à la société, ou d'une action en indemnité contre les associés, si les choses ont péri par la faute ou le dol de ceux-ci. Le croupier lui-même n'a donc et ne peut avoir rien de plus.

Sans doute, il est de principe que la cession n'établit point de rapports directs entre le cessionnaire et les co-associés du cédant. Cela signifie que le cessionnaire ou croupier n'a point le droit de prendre place parmi les associés, d'intervenir dans les délibérations sociales et de se mêler de la gestion. Mais cela ne dit point que, s'il y a des pertes causées à la société par des actes illicites des associés, le croupier n'en ressentira pas le contre-coup.

M. Merlin prétend que ces pertes ne regardent point la société considérée en soi, mais seulement les associés entre eux. Il est obligé de poser ce principe pour arriver à la conséquence qu'il adopte. Si donc il est démontré qu'au contraire la société, l'être moral, la personne civile est atteinte par les pertes dont il est ici question, le cessionnaire d'un associé ne pourra prétendre qu'il y est étranger. Or, qui doute que c'est sur la société même que retombe la perte causée par le

dol ou la faute d'un associé? Les lois romaines, le Code civil et leurs commentateurs sont unanimes sur ce point. Il suffit de rappeler la disposition de l'article 1850; il y est formellement dit que chaque associé est tenu *envers la société* des dommages qu'il lui a causés par sa faute.

Qu'on n'oublie pas ce que j'ai dit précédemment, sur la nature de l'acte qui intervient entre un associé et son croupier, et sur le caractère des rapports qui s'établissent entre eux; j'ai montré, ce me semble, qu'ils ne sont point de véritables associés. Le fussent-ils, ils le seraient devenus au moyen d'une cession, par l'associé, de portion de ses droits, et au moyen de la réunion de la portion ainsi transmise, à celle qu'a conservée l'associé. Ce dernier ne doit donc être soumis qu'à la garantie, dont est tenu le cédant d'une universalité de droits. Mais, on sait que le vendeur d'une hérédité ne doit garantir que sa qualité d'héritier; car c'est la qualité d'héritier qu'il vend, ou du moins le droit qui en dérive. On sait qu'il n'est point garant du nombre, de la nature, et de la valeur des objets qui composent la succession (1); qu'en conséquence, si une chose qui en fait partie est soustraite par l'un des co-héritiers, l'acheteur n'a aucun recours à exercer, à ce sujet, contre le vendeur. De même, celui qui cède en tout ou en partie ses droits d'associé, n'est tenu qu'à la garantie de sa qualité, parce que c'est seulement sa qualité qu'il a cédée.

(1) *Voy.* Tome XVII (II[e] de ma Continuation), n[os] 299, 301, 302.

droits ou des créances contre des tiers, et qu'une partie tombe dans le lot du cédant; si lui-même est créancier de ses associés, par suite des opérations sociales; le cessionnaire ne sera saisi, à l'égard des tiers, des créances contre les débiteurs de la société, ou des créances personnelles du cédant contre ses co-associés, que par la signification ou l'acceptation faites dans la forme de l'article 1690. Il n'est pas besoin d'expliquer pourquoi, relativement à ces créances, on rentre dans le droit commun; on le comprend facilement. Au surplus cela a été expliqué, en parlant des cessions de droits successifs. (1)

380. De ce que l'associé est garant des faits de son cessionnaire envers la société (2), M. Merlin conclut que l'associé est aussi tenu de garantir son cessionnaire des pertes résultant de l'insolvabilité de ses co-associés.

« Le croupier, dit-il, n'a rien de commun avec les associés de son cédant. La société particulière qu'il a contractée envers lui subsiste par soi; elle est, selon l'expression de Domat, *séparée de la première*. Voilà sa *nature*.

« Son *objet* est l'entreprise formée par la société principale et cet objet est purement *réel*. On vient de voir que les personnes avec qui le cédant est associé n'ont rien de commun avec le croupier; c'est donc uniquement à la chose que le croupier doit prendre part.

---

(1) *Loc. cit.*

(2) Voy. *suprà*, n° 376.

« Ainsi il entrera dans toutes les pertes qui naîtront de l'entreprise même. Si un incendie consume le magasin dans lequel sont renfermées les marchandises pour le commerce desquelles on s'est associé, si quelques-uns de ceux à qui on les a vendues n'en paient pas le prix, le croupier en souffrira comme son cédant; cela est sans difficulté.

« Mais il ne sera nullement chargé des pertes qui proviendront des associés même de son cédant, parce qu'il n'est point garant de leurs faits. Qu'ils enlèvent la caisse de la société, qu'ils deviennent insolvables, peu lui importe. Ces pertes ne regardent point la société considérée en soi; mais seulement les associés entre eux; et loin qu'ils puissent rejaillir de la personne de son cédant sur la sienne, il aura au contraire une action contre son cédant même, pour s'en faire indemniser. » (1)

Cette opinion ne me paraît pas devoir être adoptée.

Elle est fondée sur la supposition que l'associé cède à son croupier ses droits sur les choses qui forment le fonds social, en faisant abstraction de ses rapports avec ses co-associés.

C'est là, si je ne me trompe moi-même, une erreur évidente.

Nous supposons que la cession est faite en termes généraux, sans clause spéciale qui puisse

---

(1) Questions de droit, v° *Croupier*. *Voy.* aussi Répertoire de M. Favard de Langlade, v° *société*, chap. II, sect. III, § II, n° 2.

droits ou des créances contre des tiers, et qu'une partie tombe dans le lot du cédant; si lui-même est créancier de ses associés, par suite des opérations sociales; le cessionnaire ne sera saisi, à l'égard des tiers, des créances contre les débiteurs de la société, ou des créances personnelles du cédant contre ses co-associés, que par la signification ou l'acceptation faites dans la forme de l'article 1690. Il n'est pas besoin d'expliquer pourquoi, relativement à ces créances, on rentre dans le droit commun; on le comprend facilement. Au surplus cela a été expliqué, en parlant des cessions de droits successifs. (1)

380. De ce que l'associé est garant des faits de son cessionnaire envers la société (2), M. Merlin conclut que l'associé est aussi tenu de garantir son cessionnaire des pertes résultant de l'insolvabilité de ses co-associés.

« Le croupier, dit-il, n'a rien de commun avec les associés de son cédant. La société particulière qu'il a contractée envers lui subsiste par soi; elle est, selon l'expression de Domat, *séparée de la première*. Voilà sa *nature*.

« Son *objet* est l'entreprise formée par la société principale et cet objet est purement *réel*. On vient de voir que les personnes avec qui le cédant est associé n'ont rien de commun avec le croupier; c'est donc uniquement à la chose que le croupier doit prendre part.

---

(1) *Loc. cit.*

(2) Voy. *suprà*, n° 376.

« Ainsi il entrera dans toutes les pertes qui naîtront de l'entreprise même. Si un incendie consume le magasin dans lequel sont renfermées les marchandises pour le commerce desquelles on s'est associé ; si quelques-uns de ceux à qui on les a vendues n'en paient pas le prix, le croupier en souffrira comme son cédant ; cela est sans difficulté.

« Mais il ne sera nullement chargé des pertes qui proviendront des associés même de son cédant, parce qu'il n'est point garant de leurs faits. Qu'ils enlèvent la caisse de la société, qu'ils deviennent insolvables, peu lui importe. Ces pertes ne regardent point la société considérée en soi ; mais seulement les associés entre eux ; et loin qu'ils puissent rejaillir de la personne de son cédant sur la sienne, il aura au contraire une action contre son cédant même, pour s'en faire indemniser. » (1)

Cette opinion ne me paraît pas devoir être adoptée.

Elle est fondée sur la supposition que l'associé cède à son croupier ses droits sur les choses qui forment le fonds social, en faisant abstraction de ses rapports avec ses co-associés.

C'est là, si je ne me trompe moi-même, une erreur évidente.

Nous supposons que la cession est faite en termes généraux, sans clause spéciale qui puisse

(1) Questions de droit, v° *Croupier*. *Voy.* aussi Répertoire de M. Favard de Langlade, v° *société*, chap. II, sect. III, § II, n° 2.

droits ou des créances contre des tiers, et qu'une partie tombe dans le lot du cédant; si lui-même est créancier de ses associés, par suite des opérations sociales; le cessionnaire ne sera saisi, à l'égard des tiers, des créances contre les débiteurs de la société, ou des créances personnelles du cédant contre ses co-associés, que par la signification ou l'acceptation faites dans la forme de l'article 1690. Il n'est pas besoin d'expliquer pourquoi, relativement à ces créances, on rentre dans le droit commun; on le comprend facilement. Au surplus cela a été expliqué, en parlant des cessions de droits successifs. (1)

380. De ce que l'associé est garant des faits de son cessionnaire envers la société (2), M. Merlin conclut que l'associé est aussi tenu de garantir son cessionnaire des pertes résultant de l'insolvabilité de ses co-associés.

« Le croupier, dit-il, n'a rien de commun avec les associés de son cédant. La société particulière qu'il a contractée envers lui subsiste par soi; elle est, selon l'expression de Domat, *séparée de la première*. Voilà sa *nature*.

« Son *objet* est l'entreprise formée par la société principale et cet objet est purement *réel*. On vient de voir que les personnes avec qui le cédant est associé n'ont rien de commun avec le croupier; c'est donc uniquement à la chose que le croupier doit prendre part.

---

(1) *Loc. cit.*
(2) Voy. *suprà*, n° 376.

« Ainsi il entrera dans toutes les pertes qui naîtront de l'entreprise même. Si un incendie consume le magasin dans lequel sont renfermées les marchandises pour le commerce desquelles on s'est associé ; si quelques-uns de ceux à qui on les a vendues n'en paient pas le prix, le croupier en souffrira comme son cédant ; cela est sans difficulté.

« Mais il ne sera nullement chargé des pertes qui proviendront des associés même de son cédant, parce qu'il n'est point garant de leurs faits. Qu'ils enlèvent la caisse de la société, qu'ils deviennent insolvables, peu lui importe. Ces pertes ne regardent point la société considérée en soi ; mais seulement les associés entre eux ; et loin qu'ils puissent rejaillir de la personne de son cédant sur la sienne, il aura au contraire une action contre son cédant même, pour s'en faire indemniser. » (1)

Cette opinion ne me paraît pas devoir être adoptée.

Elle est fondée sur la supposition que l'associé cède à son croupier ses droits sur les choses qui forment le fonds social, en faisant abstraction de ses rapports avec ses co-associés.

C'est là, si je ne me trompe moi-même, une erreur évidente.

Nous supposons que la cession est faite en termes généraux, sans clause spéciale qui puisse

---

(1) Questions de droit, v° *Croupier*. Voy. aussi Répertoire de M. Favard de Langlade, v° *société*, chap. II, sect. III, § II, n° 9.

Les risques des choses mises dans la société sont réglés par l'article 1851, en partant du principe qu'elle en est propriétaire, à moins de stipulation contraire.

L'article 1867 parle aussi, et de la manière la plus explicite, de la propriété transmise à la société.

Enfin, dans l'article 1852, on voit la société débitrice d'un associé.

Il est remarquable que ces différentes dispositions règlent les rapports des associés entre eux; et puisqu'elles concourent à faire de la société une personne civile, même relativement à ceux qui la composent, à plus forte raison elle doit être tenue pour telle, relativement à ceux qui lui sont étrangers. Les articles qui déterminent la nature et l'étendue des engagemens des associés envers les tiers, et notamment l'article 1863, confirment cette doctrine, comme on pourra bientôt s'en convaincre.

Au surplus, les dispositions du Code civil, en caractérisant ainsi la société, ont suivi les principes que le droit romain avait établis. Cela devient manifeste par la comparaison de l'action *pro socio* avec les actions *familiæ erciscundæ* et *communi dividundo*.

La première était purement personnelle et les deux autres figuraient au nombre des actions mixtes. (1)

---

(1) *Voy.* Pothier, de la Société, n° 134. Il ajoute, n° 194 : « Les actions qu'a chacun des quasi-associés contre les quasi-associés, pour

Cette différence était nécessairement fondée sur ce que la propriété des choses, formant l'actif social, n'est pas placée dans les mains des associés, comme la propriété des objets, composant une succession ou une communauté, l'est, dans les mains des héritiers ou des communistes. Si chaque associé eût été considéré comme personnellement propriétaire d'une partie des choses appartenant à la société, l'action *pro socio*, ayant pour objet le partage, eût été réelle ou du moins mixte. Puisqu'elle est personnelle, il faut chercher en dehors des associés le véritable propriétaire de l'actif social; ce propriétaire ne peut être que la société elle-même. Mais admettre que l'être collectif a un droit de propriété, c'est reconnaître qu'il est une personne civile. (1)

---

parvenir au partage, sont, savoir, entre les cohéritiers, l'action *familiæ erciscundæ*; entre toutes les autres espèces de quasi-associés, l'action *communi dividundo*. Ces deux actions, dans nos usages, ne diffèrent en rien l'une de l'autre; elles sont différentes de l'action *pro socio*. Celle-ci est une action entièrement personnelle, qui naît des obligations du contrat de société : les actions *familiæ erciscundæ et communi dividundo* sont de celles qu'on appelle mixtes, *quæ mixtam causam habere videntur tam in rem quam in personam*, *Inst. lib. IV, de actionibus*, § 21. Elles tiennent de l'action réelle, en ce qu'elles tendent à réclamer, à revendiquer en quelque façon, et à faire déterminer la part qu'a le demandeur dans les choses communes. Elles tiennent aussi de l'action personnelle, en ce qu'elles naissent des obligations que la communauté forme entre les quasi-associés, et qu'elles tendent à en exiger l'accomplissement et à se faire raison de ce qu'ils peuvent respectivement se devoir. Voy. *infra*, chap. IV, sect. II, la distinction entre les actions *pro socio* et *communi dividundo*.

(1) On a même cru trouver un texte du Digeste qui lui donnait formellement cette qualification; c'est la loi 22 *de fidejussoribus* ainsi conçue : *Mortuo reo promittendi, et ante aditam hæreditatem fide-*

Les art. 50 et 59 du Code de procédure, en attribuant aux sociétés un domicile qui peut être distinct de celui de chacun des associés, indiquent aussi, comme je l'ai fait précédemment remarquer (1), qu'elle a une personnalité indépendante et séparée de celle des individus par la réunion desquels elle est formée. L'article 69 du même Code est encore plus explicite; à la vérité il ne parle que des sociétés de commerce, mais je crois avoir démontré que sa disposition n'est point limitative. (2)

La jurisprudence moderne présente de nombreuses décisions qui ont reconnu que les sociétés légalement constituées sont des personnes civiles; tantôt en leur appliquant formellement cette qualification, tantôt en adoptant des conséquences qui en dérivent nécessairement. Ainsi, un arrêt de la Cour de Paris, du 9 août 1831, pose en principe *« qu'il ne peut pas y avoir de société, sans qu'il existe un être moral en dehors des individus qui la composent.* » (3)

Les mêmes idées et presque les mêmes expressions se trouvent dans un arrêt de la Cour de Grenoble du 1er juin 1831. « *L'effet de toute société*, y est-il dit, *est de donner à cette même so-*

---

jussor accipere potest : quia hæreditas personæ vice fungitur sicut municipium et decuria et societas. Mais dire que l'hérédité, la décurie et la société tiennent lieu d'une personne, ce n'est pas précisément établir qu'elles constituent une personne civile. Certainement cela n'est pas vrai de la succession.

(1) *Suprà*, page 369.

(2) V. *suprà*, n° 316 et 317.

(3) Sirey-Devilleneuve, 31. 2. 259; Dalloz, 31. 2. 208.

ciété le caractère d'un être moral qui peut, qui doit même être considéré indépendamment des personnes qui la composent, qui a son actif et son passif propres. » (1)

Enfin, on n'a pas oublié que l'arrêt de la Cour de cassation, du 8 novembre 1836, que j'ai déjà cité, déclare expressément que « *la société civile est, comme la société de commerce, un être moral, dont les intérêts sont distincts de ceux de chacun de ses membres.* » (2)

Presque tous les auteurs enseignent cette doctrine.

M. Delvincourt dit que la communauté conjugale doit être considérée comme un être moral, comme une tierce personne placée entre les deux époux, et ailleurs, qu'elle est une véritable société. (3)

M. Duranton est plus explicite encore. (4)

On lit, dans une consultation délibérée par M. Pardessus, le 21 février 1831, le passage suivant : « Ce serait faire un abus inutile de science et de discussion, que de chercher à établir longuement qu'une société est une personne morale, qui a son individualité, et ne peut être confondue

(1) Sirey-Devilleneuve, 32. 2. 591 ; Dalloz, 32, 2. 40.

(2) V. *suprà*, n° 371. *Voy.* d'ailleurs arrêt de la Cour de Paris du 19 avril 1831, qui décidant en sens contraire de celui du 9 août cité dans le texte, énonce cependant, comme une vérité constante, que dans toute société il existe un être moral en dehors de chacun des associés; Sirey-Devilleneuve, 31. 2. 202. *Voy.* aussi arrêt de la Cour de cassation du 13 mars 1823; Sirey, 23. 1. 218.

(3) *V.* Tome III, page 8.

(4) *V.* Tome XVII, nos 334, 388 et 445.

avec les individus dont la réunion sert à la former. *Societas vice personæ fungitur*, l. 22, ff. *de fidej*. Le Code civil, qui ne présente pas, il est vrai, une définition aussi textuelle, contient une multitude de dispositions qui la supposent; de dispositions qu'on ne pourrait comprendre, qui seraient absurdes, si ce principe n'y était pas présupposé»; M. Pardessus cite les articles 1845, 1864 et 1852. (1)

Non-seulement M. Proudhon partage cette opinion, mais il s'attache à faire ressortir la différence qui existe entre plusieurs individus réunis en communauté, et une société constituant une personne civile.

« Si celui, dit-il, qui est seul usufruitier, se réunit à d'autres pour acquérir, par contrat commutatif, la propriété du fonds, il faut, pour juger de l'effet, distinguer le cas de la simple communion de biens, de celui de la société entre acquéreurs.

« Si les coacquéreurs ne sont que des communiers, la propriété qu'ils achètent ensemble est directement acquise à chacun d'eux pour sa part indivise dans le tout, et l'usufruit s'éteint dans le rapport de la portion, à laquelle l'usufruitier a droit à la propriété par l'effet de la vente.

« Mais si les acquéreurs sont en société, il n'y

(1) M. Merlin a adhéré à cette consultation, dont M. Pardessus a bien voulu me confier un exemplaire, et dans laquelle, au surplus, il ne fait que reproduire les principes énoncés dans son Cours de droit commercial. Voy. tome IV, 1089 et 1207.

a ni confusion ni extinction d'usufruit, tant que dure l'association, attendu que c'est la société en corps qui acquiert et non pas les associés en particulier.

« Dans le cas de la simple communion, il y a autant d'acquéreurs particuliers qu'il y a de communiers, chacun d'eux n'achète qu'en droit soi, et pour sa part, parce que tous n'achètent que *ut singuli*. Telle est l'hypothèse où se trouvent plusieurs personnes qui paraissent dans une vente publique, et ne voulant pas se nuire mutuellement par des surenchères respectives, conviennent d'acheter pour tous, par le ministère d'un seul : *Nam qui nolunt inter se contendere, solent per nuntium rem emere in commune; quod a societate longe remotum est* (1). Il n'y a alors qu'une réunion fortuite, une réunion accidentelle et de fait, dont le but est d'acquérir seulement ensemble et non pas de revendre à bénéfice commun ; une réunion, en un mot, qui ne constitue pas de société.

« Dans le cas, au contraire, où il existe une association entre les acquéreurs, où c'est une société qui achète dans l'intérêt social, la réunion des acquéreurs n'est plus une chose accidentelle et de simple fait, elle est toute dans le droit. Ce ne sont pas les associés qui achètent *ut singuli*, et il n'y a pas autant d'acquéreurs qu'il y a de sociétaires; il n'y a qu'un acquéreur, c'est le corps

(1) L. 33. ff. *pro socio*.

de la société qui acquiert *ut universitas*. Comme il est de principe que la propriété ou les dettes de la société ne sont directement ni la propriété ni les dettes de chacun des associés tant que la société dure, *si quid universitati debetur, singulis non debetur; nec quod universitas debet, singuli debent* (1), et que l'un des associés peut être créancier de la société, comme il peut en être le débiteur, sans qu'il lui soit permis d'alléguer à sa décharge la confusion d'une partie de sa dette, ou qu'on puisse lui opposer la même exception pour diminuer sa créance, nous devons en conclure que, quand c'est une société qui achète un fonds, dont l'un des associés avait déjà l'usufruit, il ne s'opère aucune confusion dans les droits de l'usufruitier, et que le *corps moral* qui, dans ce cas, est acquéreur, est comparable à une *personne tierce*, à l'égard de laquelle l'usufruit continue à être exercé, comme il l'était envers le vendeur. » (2)

M. Favard de Langlade et M. Troplong distinguent aussi le corps moral, des membres qui le composent. (3)

---

(1) L. 7, §. 1, ff. *quod cujusque univ. nom.*

(2) Traité des droits d'usufruit, tome IV, n°s 2004 et 2005.

(3) Nouveau répertoire v° *société*, chap. II, sect. IV, § 2, n° 4. M. Troplong, Traité de la prescription, tome II, n° 884, en note, s'exprime ainsi : « L'existence de cet être moral, tierce personne, distincte des associés, est certaine en droit français ». Il va même jusqu'à dire que des communistes forment aussi une personne collective, tome I, n° 244. Cette expression pourrait conduire à confondre la communauté et la société; ce qu'il faut soigneusement éviter.

383. Ces principes si unanimement admis sont cependant contestés par M. Toullier. Il ne croit pas que la communauté conjugale puisse être considérée comme un être moral, comme une tierce personne placée entre les deux époux; et pour prouver qu'on ne saurait lui attribuer ce caractère, il prétend qu'il ne sied pas même à une société civile ordinaire. Voici comment il s'exprime : « Autant vaudrait dire que la société contractée entre deux individus qui mettent des biens en commun pour faire un commerce ou pour une entreprise quelconque, afin d'en partager les profits et les pertes, est un être moral, une tierce personne placée entre les deux associés, et qui a des droits distincts et séparés de chacun d'eux, parce que l'un des associés peut avoir des rapports à faire au fonds social ou des indemnités à exercer.

« Une pareille doctrine confond toutes les idées : un être moral, pour être tel dans le sens légal, doit avoir par lui-même une existence civile reconnue, indépendante des individus physiques qui agissent en son nom. Un établissement public, par exemple, un hospice, un collège, une association légalement autorisée pour un objet de bienfaisance ou d'utilité publique, etc., sont des êtres moraux, des personnes morales qui ont une existence civile tellement indépendante des individus physiques qui administrent leurs biens, qui agissent pour elles et dans leur nom, que la mort ou le changement entier de tous ces individus n'en laisse pas moins subsister la personne morale, parce que l'existence civile et indépendante, de

même que la destruction de cette personne morale, ne peut être produite que par l'autorité de la puissance publique ou de la loi. » (1)

Je n'ai point à examiner ici l'opinion de M. Toullier sur la communauté conjugale (2) : c'est seulement ce qu'il dit des sociétés en général, et les raisons sur lesquelles il se fonde, pour leur refuser le caractère de personne civile qu'il faut apprécier.

Les établissemens publics, dont il parle, sont sans doute des êtres moraux; mais ce n'est point parce qu'ils continuent à subsister après la mort de ceux qui administrent leurs biens et qui agissent en leur nom. Cette circonstance manifeste une individualité distincte, une existence indépendante; elle ne la crée point : elle en est plutôt l'effet que la cause. Une personne civile est constituée, comme je l'ai déjà souvent répété, lorsque des dispositions légales reconnaissent directement ou présupposent certains droits et certaines obli-

(1) Tome XII, n° 82.

(2) Dans une lettre que lui écrivait M. Proudhon, en 1827, on trouve le passage suivant : « J'ai reçu l'année dernière, à pareille époque, votre premier volume sur le contrat de mariage; je l'ai lu de suite d'un bout à l'autre. J'en ai été content au superlatif, comme de tout ce que vous faites. Il est cependant un point sur lequel vous ne m'avez pas convaincu, c'est en ce qui touche l'existence de la communauté considérée comme un être moral, ayant des droits et des intérêts distincts de ceux des époux *ut singuli*; vous traitez de chimère une chose que je crois réelle ». Gazette des Tribunaux du 15 janvier 1839. Cette lettre a été recueillie par M. Paulmier, qui fut appelé, en 1836, par les suffrages de ses confrères à prononcer l'éloge de Toullier à l'ouverture des conférences de l'ordre des avocats.

gations, lesquels ne sont propres à aucun individu physique. L'existence d'un être moral, appelé à les exercer ou à les subir, devient alors une nécessité. Peu importe que la personne morale soit formée dans des vues d'intérêt public, ou qu'elle n'ait pour objet que des intérêts privés : seulement, selon le but de l'association, on la nomme, avec Puffendorf, personne morale ***publique***, ou personne morale ***privée***.

« Les êtres moraux, dit-il, que l'on regarde comme des substances, s'appellent des ***personnes morales***, et l'on entend par là ***les hommes même considérés par rapport à leur état moral*** ou à l'emploi qu'ils ont dans la société, soit que l'on envisage ***chaque homme en particulier***, soit que ***plusieurs réunis par quelque liaison morale ne composent ensemble qu'une seule et même idée***; d'où il paraît qu'il y a deux sortes de personnes, de ***simples*** et de ***composées***.

« Les personnes ***simples*** sont ou ***publiques*** ou ***particulières***, selon la diversité de leurs états ou de leurs emplois, et selon que ces emplois se rapportent immédiatement ou à l'avantage commun de la société civile, ou au bien particulier de chacun des membres qui la composent. » (1)

Plus loin il ajoute : « Les personnes morales composées, que l'on appelle ordinairement ***des sociétés***, se peuvent diviser de même que les personnes simples en ***publiques*** et ***privées***. » (2)

---

(1) Liv. Ier, chap. I, § XII.
(2) *Ibid.*, § XIII.

384. Quelques jurisconsultes ont imaginé une distinction; ils ont pensé qu'il fallait réserver, pour les sociétés commerciales, cette qualification de personne civile. L'un d'eux, M. Frémery, a présenté ce système sous la forme la plus ingénieuse. L'on me saura gré de reproduire ici le passage dans lequel il l'a exposé; il le faut d'ailleurs, pour l'intelligence de la réfutation.

« Vers le douzième siècle, dit-il (1), le développement du commerce rendit les associations entre commerçans extrêmement nombreuses. Alors les associés qui se proposaient surtout, en réunissant leur fortune, d'augmenter leur crédit pour se livrer à de plus grandes opérations, s'efforcèrent de faire connaître au public l'association qu'ils avaient formée; ils signèrent ensemble leurs engagemens commerciaux; ils employèrent le pronom possessif pluriel, en parlant l'un de l'autre, *il nostro, notre sieur N., nous avons reçu*, etc. Le plus souvent l'un d'eux, ou plusieurs d'entre eux, quelquefois un tiers, étranger à la société, reçut le mandat de signer, au nom de la société, pour tous les associés. (2)

« Ainsi la société se manifesta au public dans toutes les opérations faites par ses membres. Dès lors, une idée nouvelle fut introduite dans le droit commercial et signalée par les jurisconsultes (3) : une société fut considérée comme un

(1) Études de droit commercial, chap. IV, page 30.
(2) Rote de Gênes, décis. 7, n° 10.
(3) Rote de Gênes, *ibid.*

être collectif, un être de raison, ayant une volonté, un domicile, des biens, contractant des dettes et des créances. Sans autre procuration que la déclaration des co-associés, ou même leur consentement tacite, le représentant de la société put obliger tous les membres du corps, au nom duquel il s'exprimait; régulièrement il devait énoncer et signer les noms des associés qui s'obligeaient personnellement; mais lors même qu'il n'aurait signé que de son nom les lettres qu'il écrivait pour la société, il suffisait qu'il se fût exprimé d'une manière collective, comme *nous avons*, etc., pour être considéré comme l'organe de la société (1). Telle fut la coutume universelle du commerce.

« Nul exemple dans le droit civil d'une semblable institution.

« Jusque-là le contrat de société restait exclusivement personnel à ceux qui l'avaient contracté: c'était un rapport établi entre eux, mais inconnu et étranger aux tiers; chaque associé n'agissait qu'en son nom et comme fondé des pouvoirs de son co-associé, mais non pas au nom de l'association; en un mot, il y avait des associés, mais il n'y avait point de société.

« Cette idée nouvelle produisit un grand résultat.

« Ce fut de dégager l'actif commercial de la société, des biens particuliers de chacun des asso-

---

(1) Rote de Gênes, *ibid.*, et décision 30, n° 5, 104. n° 14, 135, n° 1, 155, n° 3, 166. n° 1, 188, n° 2.

ciés, et de là ce principe, que l'actif social appartient aux créanciers de la société, à l'exclusion de tous les créanciers personnels de chaque associé, et même de la femme de l'associé, malgré tous les priviléges dont la reprise de la dot était environnée. *Creditores societatum mercatorum in rebus et bonis societatum præferuntur quibuscumque aliis creditoribus sociorum singulorum... etiam dotibus.* (1)

« Dans la sphère du droit civil, si je contracte avec Paul et Félix, qui sont en société, j'aurai pour débiteurs Paul et Félix seulement, et, s'ils deviennent insolvables, je viendrai en concours, sur la masse des biens de chacun d'eux, avec les créanciers particuliers de chacun. Mais s'ils sont commerçans, le droit commercial m'autorise à me prévaloir de la société qu'ils ont formée; il me présente cette société comme mon premier débiteur; c'est un débiteur dont je discuterai les biens, et je n'admettrai point au partage ceux qui n'ont pas, comme moi, traité avec la société, mais qui ont contracté avec Paul seulement pour ses affaires particulières ou seulement avec Félix. »

L'auteur développe les conséquences du principe, sous l'influence duquel il place les sociétés commerciales, et il poursuit :

« On s'étonnera sans doute que le droit civil ait souffert, sans résistance et sans conflit, un empiètement si considérable sur son domaine, de la

(1) Statut de Gênes, liv. IV, chap. XII, v. 4.

part du droit commercial. Il est conforme aux règles du droit civil que les conventions ne produisent d'effet qu'à l'égard de ceux qui les ont faites; les tiers ne peuvent les invoquer à leur profit. D'après ce principe, les créanciers particuliers de l'associé ne pourraient être obligés de reconnaître un actif appartenant à la société; et ils seraient fondés à n'admettre qu'au marc le franc avec eux, sur la masse totale des biens de leur débiteur, les créanciers de la prétendue société. Pour empêcher ce mode de distribution qui a encore lieu quand la société, dans laquelle le débiteur est intéressé, n'est point commerciale; il a fallu imaginer un être fictif et l'investir de toute la capacité d'une personne réellement existante.

« Comment se fait-il, que tout ce qui n'est pas commerçant ne se soit point élevé contre cette prétention de la coutume commerciale; de créer ainsi un être de droit qui s'interpose entre les créanciers de la société, tous commerçans, et les créanciers particuliers de l'associé, dont la plupart sont étrangers au commerce? car aucune loi n'a introduit ce principe; il a été adopté et établi par la coutume commerciale et dans l'intérêt des commerçans! Et quoique les commentateurs n'en aient pas signalé l'importance, le jurisconsulte ne peut pas le méconnaître; il est évident que la règle du droit civil a fléchi et s'est soumise devant la coutume commerciale.

« La raison en est peut-être que cette coutume a commencé à s'établir dans les villes d'Italie, comme Venise, Gênes, Ancône, Florence, où le

commerce était répandu dans toutes les classes et comme le fonds de l'ordre social. On disait proverbialement au quinzième siècle : *Genuensis est; ergò mercator; valet consequentia* (1). Il est clair que, chez ces peuples, la coutume, en harmonie avec l'intérêt général, s'est facilement établie. De là elle s'est répandue parmi les autres nations qui l'ont admise, parce qu'elles recevaient toutes faites, et sans autre examen, les habitudes commerciales de l'Italie.

« En effet, ce caractère si important, attribué par la coutume aux sociétés de commerce, n'est pas même consigné dans nos lois. A peine trouve-t-on, dans le Code civil, une disposition (2) qui suppose, parce qu'elle en fait l'application, le principe que la société est propriétaire de l'actif social. Quant au droit, pour les créanciers de la société, d'exclure de l'actif social les créanciers particuliers de chaque associé, il n'est écrit nulle part.

« Mais la coutume commerciale, telle qu'elle s'est produite dès l'origine, n'en est pas moins la loi des commerçans; ses principes sont rappelés par les auteurs (3) et sanctionnés par la jurisprudence. »

Ces recherches historiques montrent autant d'érudition que de sagacité. Elles établissent ce

(1) Rote de Gênes, décis. 139, n° 10.

(2) Art. 529.

(3) M. Pardessus, Cours de droit commercial, tome IV, n°s 1089 et 1097.

fait grave, que c'est dans les sociétés commerciales, et à l'époque où l'activité industrielle jetait un grand éclat en Italie, qu'est apparu, avec un caractère bien prononcé de netteté et de certitude, le principe que les sociétés sont des êtres de raison, des personnes civiles.

Mais M. Frémery se trompe, lorsque, appréciant les faits si bien observés par lui, il écrit que ce principe, entièrement nouveau, a été introduit par les usages du commerce, et qu'il n'avait aucune racine dans la législation antérieure; qu'il a été un empiétement de la coutume commerciale sur le droit civil. Il est, au contraire, certain que les lois romaines renfermaient le germe, que les besoins du commerce ont fait éclore. L'idée que toute société est un être de raison, distinct et indépendant de ceux qui le composent, était au fond de toutes les dispositions réglant les rapports des associés. Le principe sommeillait; il fallait, pour qu'il se développât, que des sociétés véritables, ayant réellement pour but la production de bénéfices, devinssent nombreuses, importantes, et que leurs opérations multipliées fissent sentir la nécessité de concevoir distinctement le caractère du lien formé entre les associés. J'ai montré plus haut que l'esprit, et jusqu'à un certain point les textes du droit romain érigeaient les sociétés en personnes morales; et que nos lois civiles n'ont fait que reproduire cette doctrine.

M. Frémery reconnaît qu'aucune disposition de la législation commerciale ne consacre ce principe, qui cependant, de son aveu, régit les sociétés de

commerce; il n'en trouve la source et la sanction que dans la coutume. En supposant qu'en d'autres temps, la puissance des usages fût suffisante pour créer ainsi des règles obligatoires; aujourd'hui nous ne reconnaissons de force qu'à la loi écrite; par conséquent, si le droit civil ne faisait pas de toute société, en général, une personne civile, on ne pourrait attribuer ce caractère aux sociétés commerciales, sous prétexte que l'usage ou la coutume le leur imprimerait.

M. Frémery ne voit, dans le Code civil, qu'une disposition qui suppose que la société commerciale est propriétaire de l'actif social; c'est celle de l'article 529. Il en conclut qu'à plus forte raison ce principe n'est écrit nulle part pour les sociétés civiles. Sur ce point il ne s'agit pas d'argumenter; il faut citer les textes et il me semble que ceux des art. 1845, 1846, 1849, 1850, 1851, 1852, 1859 sont parfaitement clairs et décisifs.

Dans quelques esprits, je le sais, il y a, sinon conviction entière, du moins tendance à penser que les sociétés de commerce reçoivent, des dispositions de la législation qui leur est spéciale, le caractère et les attributs de personnes civiles. On cite l'article 69, n° 6 du Code de procédure civile, l'article 529 du Code civil qui semblent les classer dans une catégorie à part. On fait remarquer que les formalités prescrites par le Code de commerce, pour constater leur existence et la révéler au public, démontrent l'intention de les constituer comme des individualités distinctes; et j'ai entendu un magistrat d'un grand mérite éta-

blir une sorte d'assimilation entre le registre du greffe du tribunal de commerce sur lequel on transcrit les actes de sociétés commerciales, et les registres de l'état civil; il disait que cette transcription est l'acte de naissance de la personne civile, et que la raison sociale est son nom. Enfin, il faut reconnaître que la plupart des arrêts que j'ai précédemment cités, ont été rendus en matière de sociétés de commerce.

Ces observations ne sont qu'ingénieuses.

L'art. 69 du Code de procédure, et l'art. 529 du Code civil ne sont ni assez précis ni assez énergiques pour l'emporter sur les textes dont je viens de donner l'indication.

L'intention du législateur de ne point limiter aux sociétés commerciales la disposition de l'article 529, Cod. civ., est clairement manifestée par les articles 8 et 32 de la loi du 21 avril 1810. Le dernier pose en principe que l'exploitation des mines n'est pas considérée comme un commerce, et le premier déclare que les actions, dans une société pour l'exploitation des mines, sont meubles, conformément à l'article 529 du Code civil.

Les formalités, qui ont pour but de rendre publique l'existence des sociétés commerciales, ne changent rien à leur constitution; elles les laissent telles qu'elles sont, d'après les principes généraux du droit.

Les arrêts, dans lesquels est consacrée la doctrine que les sociétés sont des personnes civiles, ont été rendus, cela est vrai, en matière commerciale; mais ce n'est point sur des textes du Code de com-

merce qu'ils sont fondés ; ce sont les dispositions du Code civil qui y sont invoquées. On y établit qu'une société de commerce est un être moral, distinct et séparé des associés, non point en vertu et par application de la législation spéciale ; mais bien parce que toute société se présente sous cet aspect, d'après les règles du droit commun. (1)

Enfin, les jurisconsultes italiens n'ont point présenté, comme une idée toute nouvelle et née des usages du commerce, le principe qu'une société est une personne civile ; ils l'énoncent comme une vérité déjà connue, et ils la placent sous l'autorité des premiers commentateurs du droit romain. Voici notamment comment s'exprime Straccha (2) : « *Societas est corpus mysticum ex pluribus nominibus conflatum. Ut not. in rub. Inst. de soci. et per Bal. Sal. et Doct. in l. ejus Cod. de comp.*

Cette digression me permettra d'être bref dans l'examen des difficultés, que peuvent présenter les rapports des associés avec les tiers.

385. En général, nos obligations envers autrui ne naissent que de faits qui nous sont personnels, ou d'un consentement que nous avons librement donné ; toutefois, les actes et la volonté de notre représentant légal, agissant dans les limites de ses attributions, nous lient et nous engagent.

Pour les personnes civiles, êtres collectifs et

(1) V. suprà, page 454.
(2) *Rota Genuæ.* Décis. VII, n° 10.

intellectuels, il n'y a d'action ou de consentement possible que par l'intermédiaire d'individus exerçant leurs droits, gérant leurs biens, exprimant leur volonté. Ainsi et notamment les sociétés ne peuvent s'engager envers les tiers que par l'intervention de leurs administrateurs. Je n'ai point à reproduire ce qui a été exposé dans la section précédente, sur la distribution et l'étendue du pouvoir directeur des affaires sociales; il suffit de dire ici que, dans la main de celui à qui est confié le soin d'administrer et de représenter la société, se trouve aussi placée l'aptitude nécessaire pour l'obliger envers les tiers; et que cette aptitude cesse au point où s'arrête la capacité de l'administrateur. En d'autres termes, la société peut être engagée envers les tiers par les actes de celui à qui appartient l'administration; tant qu'il se renferme dans les limites que lui impose la convention ou la loi.

M. Duranton enseigne, au contraire, que la qualité d'administrateur ne donne pas à celui qui en est revêtu, le droit d'obliger la société envers les tiers, qu'il lui faut un pouvoir spécial; et le texte des articles 1862 et 1864 semble, je le reconnais, justifier son opinion.

« Suivant le premier de ces articles, dit-il, l'un des associés ne peut obliger les autres, si ceux-ci ne lui en ont donné le pouvoir; et le pouvoir dont il s'agit n'est pas celui d'après lequel l'associé qui contracterait la dette aurait été chargé de la simple administration de la société par une clause du contrat ou par un acte postérieur; car

s'il en était ainsi, il faudrait dire, par voie de conséquence, que, lorsqu'il n'y a pas de stipulation dans le contrat touchant l'administration de la société, chacun des associés a, par cela même, le pouvoir d'engager les autres par ses obligations; puisque, aux termes de l'article 1859, 1°, les associés, dans ce cas, sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre, et que ce que chacun fait est valable même pour la part de ses co-associés. Mais tel n'est pas l'esprit de la loi; il faut un mandat spécial, ou du moins que la clause par laquelle l'administration a été conférée à l'associé qui a contracté la dette l'autorise clairement à obliger les associés pour les affaires communes. Le Code n'a point confondu la simple administration, même spécialement conférée à l'un des associés par l'acte de société, avec le pouvoir d'obliger les autres; le rapprochement des articles 1862, 1864, 1856 et 1859 le démontre évidemment. Un associé gérant pourrait abuser de ce pouvoir; sous prétexte que l'engagement qu'il souscrit est relatif à l'administration de la société, il pourrait, de la sorte contracter des emprunts, faire des achats dans son intérêt personnel, ou par esprit de dissipation; et c'est ce qu'on n'a pas dû vouloir permettre. D'ailleurs, il n'est pas dans les principes qu'une personne puisse, par ses contrats, en engager une autre, de manière à donner lieu à une action contre celle-ci. On ne peut, en général, s'engager ni stipuler en son propre nom que pour soi-même (art. 1119).

« Aussi la loi, allant au-devant de la possibilité

de l'abus que nous venons de signaler, décide-t-elle, dans l'article 1864, et sans distinction entre l'associé gérant et un autre associé, que la stipulation que l'obligation est contractée pour le compte de la société, ne lie que l'associé contractant et non les autres, à moins que ceux-ci ne lui aient donné pouvoir, ou que la chose n'ait tourné au profit de la société. » (1)

Les argumens de M. Duranton sont, on le voit, puisés dans les principes généraux du droit; tirés des inconvéniens qu'aurait pour la société la faculté de l'obliger, laissée à l'un de ses membres; et enfin pris du texte même de la loi.

Ceux-ci me paraissent seuls avoir quelque force.

D'abord, selon le droit commun, on ne peut, il est vrai, s'engager ni stipuler en son propre nom que pour soi-même; mais on stipule valablement pour autrui, lorsqu'on agit en qualité de mandataire; et précisément l'associé administrateur est le mandataire de la société. Ainsi les principes généraux, loin de s'opposer à ce qu'un associé engage ses associés envers les tiers par des actes d'administration, conduisent directement à cette solution.

Les inconvéniens qu'elle présente sont évidemment exagérés par M. Duranton. Il suppose que l'actif de la société pourrait être absorbé par des emprunts ou des achats faits de mauvaise foi ou avec légèreté; cela est impossible. Lorsque je

---

(1) Tome XVI, nos 447 et 448.

rem versio. Mais c'est là une ressource précaire, subordonnée à la preuve souvent difficile du bénéfice qu'a reçu la société, et limitée à la quotité de cet avantage. Pourquoi enfin le mandataire d'une société ne serait-il pas traité comme le mandataire d'un individu? pourquoi le législateur serait-il protecteur plus attentif de ceux qui ont confié la gestion d'un fonds social à l'un des membres de leur association, que de ceux qui choisissent un homme d'affaires, pour administrer leur patrimoine? Le véritable intérêt des sociétés est que leurs opérations soient rapides, faciles, multipliées, et que les tiers soient disposés à traiter avec elles comme avec un seul individu. La doctrine qui leur assure ces résultats leur est bien plus favorable que celle qui, sous prétexte de les défendre contre les malversations d'un administrateur, les enveloppe de mille liens, hérisse de difficultés leurs rapports avec les tiers, et, pour les empêcher de perdre, les met hors d'état de gagner.

Ainsi les actes d'administration, émanés de celui à qui appartient le pouvoir de les faire, engagent la société, c'est-à-dire tous les associés.

386. En dehors de ces actes, le tiers n'a pour obligé que l'associé qui a personnellement contracté. (1)

387. Peu importe que celui-ci ait dit que l'obligation est contractée pour le compte de la so-

(1) Code civil, art. 1864. Pothier, de la société, n° 105.

ciété, il ne dépend pas de lui de s'attribuer, par une pareille déclaration, un pouvoir que la loi lui refuse. (1)

388. L'associé ayant pouvoir, soit comme administrateur, soit en vertu de conventions spéciales, d'obliger la société, qui ne fait point connaître aux tiers sa qualité et son pouvoir, qui traite avec eux en son nom personnel, n'engage point ses co-associés. Les tiers ne peuvent avoir acquis un droit contre une société, sans savoir qu'ils contractaient avec elle, et sans l'intention de l'avoir pour obligée. Ils sont dans la situation de celui qui traite avec un mandataire, sans connaître l'existence du mandat; or certainement le mandataire est seul tenu envers lui et le mandant ne l'est point, du moins directement (2). Les tiers pourront, il est vrai, exercer contre la société les droits de l'administrateur, qui est leur débiteur, conformément à l'article 1166, Cod. civ.; ils auront aussi, dans certaines circonstances, l'action de *in rem verso*. Mais ces deux moyens de recours différens entre eux, ainsi qu'on le verra ci-après (3), sont loin d'offrir les avantages d'une action directe contre la société.

389. Les associés, soit qu'ils aient contracté eux-mêmes, soit qu'ils se trouvent engagés par le fait de leur administrateur, soit enfin qu'ils aient à remplir les obligations formées en leur nom par

---

(1) Code civil, art. 1864. Pothier, *loc. cit.*

(2) M. Duranton, tome XVIII, n° 262.

(3) V. *infrà*, n° 403.

un mandataire ordinaire, qui ne sont pas tenus solidairement.

390. Chacun est tenu pour une somme et part égales, encore que les parts dans la société soient inégales, à moins de stipulation expresse insérée dans l'engagement, qui ne restreigne l'obligation de l'un des associés à la quotité pour laquelle il est intéressé dans la société.

Pothier explique pourquoi tous les associés sont ainsi tenus également des dettes sociales: « C'est, dit-il, parce que les créanciers, avec qui ils ont contracté, ne sont pas obligés de savoir quelle part ils ont chacun dans leur société. » (1)

Cette explication est reproduite avec plus de développement par M. Boutteville, dans son rapport au tribunat. Il s'exprime ainsi : « Le tiers qui contracte avec les associés, toujours censé ignorer leurs conventions particulières, peut demander à chacun d'eux une part égale de sa créance, à moins qu'il n'ait été averti, par la convention même, que l'un des associés avait une part moindre que les autres, et qu'il n'entendait s'engager qu'en proportion de sa part. »

391. Que devrait-on décider, si le créancier avait connu la clause de l'acte de société, qui fait à chaque associé une part différente? Cela suffirait-il pour que la créance se divisât contre chacun dans la proportion ainsi réglée? Je ne le pense pas; je crois, avec M. Boutteville, qu'il faut une

(1) De la Société, n° 4.

stipulation formelle dans le contrat même par lequel l'obligation s'est formée. La division de la dette, par parties égales entre tous les associés; voilà le principe relativement aux tiers. Il subsiste, à moins qu'une volonté contraire ne soit clairement exprimée; et cette volonté ne résulte pas nécessairement de la connaissance qu'a pu avoir le créancier des clauses qui déterminent la portion d'intérêt de chaque associé. Les renonciations à un droit ne se présument pas facilement.

392. Selon M. Duranton, lorsque l'acte porte que l'obligation de l'associé est restreinte sur le pied de sa part dans la société, sans autre explication, l'associé est néanmoins tenu pour sa part virile, parce que le tiers a dû naturellement croire que sa part était égale à celle de ses associés; l'égalité entre associés se présumant jusqu'à preuve contraire (1).

Je ne puis adopter cette interprétation. Pour que les associés soient obligés également, il n'est pas besoin de stipulation spéciale; il n'y a rien à dire, c'est le droit commun. Lors donc qu'une clause particulière est placée dans le contrat auquel concourt un tiers, il est présumable qu'elle a pour but une dérogation aux règles ordinaires. En général, lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire

(1) Tome XVII, n° 451.

aucun (Cod. civ., article 1157). D'ailleurs le mot *restreindre*, dont M. Duranton suppose qu'on a fait usage, emporte nécessairement l'idée d'une différence entre la part virile de l'associé et sa part conventionnelle.

898. Plusieurs auteurs enseignent que c'est dans l'intérêt des tiers qu'est établie la règle qui impose à chaque associé l'obligation de payer une part virile dans les dettes de la société; d'où ils concluent que les tiers peuvent, à leur gré, user du bénéfice qui leur est accordé, ou y renoncer, et réclamer contre chaque associé ou sa part virile, ou sa part sociale (1).

Cette opinion ne me paraît pas devoir être suivie.

D'abord, je nie que l'intérêt des tiers soit le motif déterminant de l'article 1863; ce n'est pas même une règle spéciale qui s'y trouve énoncée. Il présente seulement l'application au contrat de société du principe général que, lorsque plusieurs s'engagent conjointement, chacun n'est tenu que de sa part virile.

M. Toullier établit cette proposition de manière à ne laisser aucun doute :

« Il faut tenir pour principe fondamental, dit-il (2), que le droit et l'obligation se divisent de plein droit et par portions égales ou viriles entre toutes les personnes énumérées conjonctivement (3)

(1) M. Delvincourt, tome III, notes page 128; M. Dalloz, vº *Société*, page 96; M. Duranton, tome XVII, nº 451.

(2) Tome VI, nº 716.

(3) Dans la réimpression de 1830, on lit *disjonctivement*. C'est une faute typographique.

dans un contrat, soit comme créancières, soit comme débitrices d'une seule et même chose, à moins que la loi ou la convention n'en ait autrement ordonné. Chacun des créanciers, s'ils sont deux, n'a droit qu'à la moitié de la chose qui est l'objet de l'obligation, au tiers, s'ils sont trois, etc.; chaque débiteur n'en doit que la moitié s'ils sont deux, le tiers, s'ils sont trois, etc.; chaque créancier ne peut demander que la portion qui lui appartient; le débiteur ne peut lui payer valablement que cette portion, et chaque débiteur ne devant que sa portion virile, le créancier ne peut lui demander que cette portion. (1)

« C'est ce qu'exprime l'art. 1202, en disant que la solidarité ne se présume point; qu'il faut qu'elle soit expressément stipulée, à moins qu'elle n'ait lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi.

« Cette maxime que la solidarité ne se présume point est fondée en raison, car chacun n'étant censé stipuler que pour soi et pour son propre intérêt, chacun des créanciers qui stipulent une seule et même somme, a l'intention d'en stipuler une partie à son profit; et comme chacun d'eux a la même intention, les parts doivent être égales: *et de même chacun des débiteurs qui promettent*

(1) Sur cette division du droit et de l'obligation entre plusieurs créanciers ou débiteurs énumérés d'une manière conjonctive dans un contrat. *Voy.* les lois 56 ff. *de verb. oblig.* 56 ff. *de cond. et dem.* 11, § 1, ff. *de duob. reis* Voët. *ad. tit. de duobus reis.* Vinnius, *ad. Inst. tit. de inut. stip.* § 4, n°s 9 et 10.

une même somme par le même acte, n'est censé promettre que sa part virile, quand même ils seraient associés, pourvu que ce ne fût pas une société de commerce (art. 1862). Ainsi, les associés sont tenus envers les créanciers avec lesquels ils ont contracté, chacun pour une somme et part égale, encore que la part de l'un d'eux dans la société fût moindre, si l'acte n'a pas spécialement restreint l'obligation de celui-ci sur le pied de cette dernière part (1863). »

On le voit, M. Toullier démontre que chaque associé est tenu pour sa part virile, parce qu'il a voulu s'engager pour cette part, ni plus ni moins. Réciproquement les droits du créancier sont invariablement fixés, et il ne peut s'enquérir de ce qui se passe dans l'intérieur de la société, pour changer la base d'après laquelle ses débiteurs se sont engagés envers lui.

394. Puisque la non-solidarité entre associés n'est que la conséquence des principes généraux sur les obligations contractées par plusieurs conjointement, les articles 1862 et 1863 ne font point obstacle à ce que les associés soient déclarés solidaires, lorsque, par la nature même de leur obligation, et d'après les règles du droit commun, la solidarité doit leur être imposée. Ainsi, aux termes de l'article 2002 Code civil, lorsque le mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacune d'elles est tenue solidairement envers lui de tous les effets du mandat; on ne saurait donc douter que des associés qui ont conjointement choisi un tiers pour leur man-

dataire, ne soient obligés envers lui solidairement. La qualité d'associés n'empêche pas la qualité de mandans de produire son effet.

395. La convention peut limiter la responsabilité d'un associé à la perte des capitaux qui forment sa mise. L'article 1855 autorise implicitement une stipulation semblable.

396. Lorsqu'elle est insérée dans l'acte constitutif de la société, elle ne met pas l'associé, en faveur duquel elle a été introduite, dans la position d'un commanditaire; car celui-ci, on le sait, n'est tenu que jusqu'à concurrence de sa mise, même relativement aux tiers. Elle détermine seulement les rapports des associés entre eux, et laisse subsister la règle qui impose à chaque associé l'obligation de supporter, à l'égard des tiers, une part égale des engagemens sociaux. Vainement même on prouverait que les tiers ont eu connaissance de la stipulation. On ne pourrait conclure de là qu'ils ont renoncé à l'avantage que leur assure le droit commun, d'avoir tous les associés pour débiteurs, et chacun pour une part égale. (1)

397. Mais il faudrait bien admettre cette renonciation, s'il était dit, dans l'acte constitutif de la société, qu'un associé ne serait pas tenu au-delà de sa mise, même à l'égard des tiers. Ceux qui auraient traité avec la société, et qui auraient reçu communication de cette restriction aux principes ordinaires, s'y seraient soumis par un con-

---

(1) V. *suprà*, n° 390.

sentement tacite. Alors la position de l'associé aurait une analogie complète avec celle des membres d'une société commerciale en commandite.

398. En pareil cas, on pourrait demander si l'associé devrait non-seulement payer les créanciers jusqu'à concurrence de sa mise, mais aussi rapporter les bénéfices dont la répartition lui aurait été précédemment faite? Cette question, examinée pour des associés commanditaires, a été diversement résolue par les arrêts et les auteurs. La Cour de cassation l'a décidée négativement (1); les Cours de Paris et de Rouen (2) se sont prononcées pour l'affirmative; MM. Dalloz (3) et Pardessus (4) disent qu'il faut se déterminer d'après les circonstances.

L'arrêt de la Cour de Paris, rendu sur le renvoi de la Cour de cassation, présente, il faut en convenir, l'exposition rigoureuse, mais exacte, des principes. « Tout associé en commandite, y est-il dit, est obligé au paiement des dettes de la société jusqu'à concurrence de sa part. Le mot part embrasse fonds et profits, mise et bénéfice; participant à tous les profits, en raison de son intérêt dans la société, le commanditaire doit en supporter toutes les pertes à proportion; *on n'estime profit réel de société que ce qui reste de gain, toutes pertes déduites sur tous les profits*

(1) Arrêt du 14 février 1810; Dalloz, v° *Société*, p. 136.

(2) Dalloz, *loc. cit.*

(3) *Loc. cit.*

(4) Tome IV, n° 1035.

des diverses affaires ou opérations de la société. Dans une société contractée pour une série d'opérations, les unes heureuses, les autres désavantageuses se compensent mutuellement, et ce n'est qu'en balançant tous les résultats particuliers de chaque année, que l'on trouve le résultat unique et véritable de toute la durée de l'association; *résultat final, qui seul apprend s'il y a effectivement bénéfice ou perte*; et d'après lequel le commanditaire conserve ou rapporte ce qu'il a retiré par anticipation de la caisse sociale, etc. »

. . . .

. . . .

« Tous ces principes sont tellement incontestables et inhérens à l'essence des sociétés qu'ils ne pourraient être méconnus sous l'empire du Code de commerce actuel, qui s'est servi du mot *mise* au lieu du mot *part*, employé par l'ordonnance de 1673. Ces deux lois, s'accordant sur l'objet principal, ont également voulu que la mise tout entière ne cessât pas d'être le gage des créanciers; mais cette volonté serait évidemment enfreinte, si l'on adoptait le système des prélèvemens sans rapport, en cas de déficit. »

Ces idées sont précisément celles que j'ai développées précédemment, lorsque j'ai eu à indiquer ce qui, dans une société, doit être considéré comme bénéfice (1).

Toutefois, il y a quelque tempérament à appor-

(1) V. *suprà*, n° 15.

ter aux conséquences qui paraissent résulter de ces prémisses. Il faut avec MM. Dalloz et Pardessus admettre l'influence des circonstances. De ces deux jurisconsultes, le dernier seul indique les faits de nature à modifier l'obligation, imposée au commanditaire, de rapporter les bénéfices; et encore cette indication est-elle un peu vague. Il semble disposé à croire que les bénéfices passés sont réputés consommés, et par ce motif, dispensés du rapport.

Cet avis a quelque chose d'équitable qui séduit; mais l'expression *bénéfices passés* manque de précision; puis ce sont plutôt des considérations, que des argumens juridiques, qui conduisent à affranchir ainsi du rapport les bénéfices consommés.

Je crois émettre une opinion plus nette et mieux justifiée, en disant que l'associé commanditaire ne doit pas rapporter les bénéfices qui lui ont été distribués, avant le moment où a pris naissance la dette, dont le recouvrement est poursuivi contre la société.

Sans doute, entre les associés, pour savoir s'il y a des bénéfices, il faut embrasser toutes les opérations qui ont eu lieu depuis le jour, où a commencé la société jusqu'à celui où elle a fini. Les calculs et les distributions faits à divers intervalles pendant sa durée, ne sont que provisoires et subordonnés au calcul définitif et général.

Quant aux tiers, la règle n'est pas applicable dans toute sa rigueur. Au moment, où ils traitent avec une société, que leur importe son passé;

quel droit ont-ils sur des choses, qui sont déjà hors de son domaine, qu'ils n'ont pas vues figurer dans son actif, en considération desquelles ils n'ont point contracté? On peut dire qu'à leur égard la société n'a commencé à exister, que lorsqu'ils l'ont acceptée pour débitrice.

Mais aussi toute distribution de bénéfices, faite depuis que la dette a été contractée, doit incontestablement être réputée provisoire et sujette à rapport, relativement au créancier. Par cela seul que la dette subsiste, que le montant de l'actif ne suffit pas pour l'éteindre, il est démontré qu'on s'est trompé, en croyant qu'il y avait des bénéfices en les distribuant.

399. Il y a certaines sociétés qui ne se manifestent au public, ni par des actes positifs, ni par la conduite des associés; dans lesquelles, du consentement de tous les intéressés, un seul non-seulement gère et administre, mais même se présente comme unique propriétaire, comme maître absolu. Elles se nommaient autrefois *anonymes*, *inconnues*, ou *comptes en participation* (1); et Pothier décide (2) que « dans ces sociétés, l'associé connu faisant seul et en son nom les contrats, il n'y a que lui seul qui s'oblige, et que les associés inconnus ne sont point tenus des dettes de la société envers les créanciers avec qui l'associé connu a contracté. »

Cette doctrine enseignée en matière de sociétés

---

(1) *Voy.* Pothier, de la Société, n° 61.
(2) De la Société, n° 102.

commerciales (1) est certainement applicable aux sociétés civiles. Pourquoi ne le serait-elle pas? Les argumens déterminans pour les unes, le sont également pour les autres.

Il faut l'avouer, le Code de commerce reconnaît des sociétés en nom collectif, en commandite et anonymes (2); et après ce dénombrement, il parle des associations commerciales en participation qu'il affranchit des formalités, auxquelles sont assujéties les autres sociétés. Le Code civil ne fait point la même distinction; il dit qu'il y a des sociétés universelles et des sociétés particulières, mais il ne subdivise point celles-ci en différentes classes. Il exige les mêmes formalités, soit que la société ait pour objet une série d'opérations, soit qu'elle n'en embrasse qu'une. D'où l'on pourrait conclure qu'une loi égale et uniforme régit les sociétés civiles, en ce qui touche les obligations des associés envers les tiers. Ce serait une erreur. La distinction admise par le Code de commerce n'est point arbitraire: les formalités qu'il impose, selon qu'il s'agit d'une simple participation ou d'une vraie société, ne sont pas

(1) La jurisprudence moderne ne me paraît pas bien fixée sur les questions de savoir si les créanciers d'une association commerciale en participation, ont une action contre tous les intéressés, et si ceux-ci sont tenus solidairement ou chacun pour une part égale. Il n'y a pas lieu de s'occuper ici de la solidarité qui n'existe point entre les membres des sociétés civiles; mais il importe d'avoir une opinion bien arrêtée sur ce point : les participans sont-ils obligés envers les tiers?

(2) Cette expression n'a plus le même sens qu'autrefois, ainsi que je l'ai fait remarquer. V. *suprà*, n° 79.

la cause des différences essentielles qui existent entre les deux contrats; elles en sont l'effet et le signe. Dans les associations en participation, on ne se réunit que pour une opération ou pour un certain nombre d'opérations déterminées; on n'a point la volonté de constituer une personne civile, dans les mains de laquelle soient placés les biens et les droits mis en commun; on laisse à l'un des participans l'apparence et les pouvoirs d'un propriétaire absolu et unique; ceux qui contractent avec lui ne comptent et ne peuvent compter que sur lui, pour l'exécution des engagemens qu'il prend. C'est par ce motif que les autres intéressés ne sont pas obligés envers les tiers; or il est manifeste que ces combinaisons sont tout aussi possibles, en matière civile qu'en matière commerciale. Par conséquent, il peut y avoir des associations en participation, étrangères au commerce. (1)

400. Toutefois, si même alors qu'une simple association a été formée, ses membres se sont volontairement manifestés; s'ils ont agi de manière à se faire tenir pour associés dans la véritable acception du mot, ils seront engagés comme tels. Les tiers, ayant contracté dans la pensée qu'une société existait, qu'il y avait des associés, obligés, chacun pour une part égale, ont droit de demander leur paiement à ceux, dont la conduite leur a inspiré cette confiance.

401. Quoique l'associé qui a contracté avec les

---

(1) *Voy.* d'ailleurs *suprà*, n° 388.

tiers n'eût point pouvoir d'engager ses co-associés, ceux-ci seront cependant obligés, si la chose a tourné au profit de la société (1) : il n'est pas juste qu'elle s'enrichisse aux dépens d'autrui; et d'ailleurs, chaque associé a pouvoir pour lui procurer un bénéfice. L'obligation, dans ce cas, n'étant fondée que sur ces principes d'équité, ne s'étend que jusqu'à concurrence du profit que les associés ont retiré de l'engagement qu'a contracté l'un d'entre eux.

402. Dans cette limite, chacun est tenu non pour une part égale, mais dans la proportion de la part qui lui est assignée dans la société. Il en doit être ainsi, puisque c'est le fait de la participation au bénéfice qui est la source de l'obligation. (2)

403. En pareille occasion, les tiers ont directement une action contre les associés, ils n'exercent pas seulement les droits de leur débiteur, c'est-à-dire, de l'associé avec qui ils ont contracté. Cette distinction est fort importante sous un double rapport. Si les tiers ne pouvaient qu'exercer les droits de l'associé, qui s'est obligé envers eux; d'abord, ils seraient soumis à toutes les compensations et exceptions opposables à leur débiteur; en second lieu, ils viendraient, par contribution avec tous les créanciers de celui-ci, partager le montant de ses droits contre la société. Au contraire, munis

(1) Art. 1864.

(2) Arrêt de la Cour de cassation, du 18 mars 1824; Sirey, 25. 1. 138; Dalloz, v° *Société*, p. 96.

d'une action directe, ils n'ont à craindre ni compensation, ni exception, de la part des co-associés de leur obligé; ni concurrence, de la part de ses créanciers.

404. M. Delvincourt pense que l'avantage de cette dernière position ne doit être accordé aux tiers, que lorsque l'associé, avec qui ils ont traité, a déclaré qu'il agissait pour le compte de la société.

Son opinion est combattue par M. Duranton, à l'avis duquel je crois qu'il faut se ranger.

M. Delvincourt se fonde sur ce que le créancier qui contracte avec un associé traitant au nom et pour le compte de la société, a entendu avoir la société pour obligée. « A la vérité, ajoute-t-il, l'associé n'avait pas de pouvoir suffisant; mais l'emploi qu'il a fait pour le compte de la société, de la chose qui faisait l'objet de l'obligation, a donné au créancier les mêmes droits que s'il avait traité avec un mandataire de la société. D'ailleurs, l'associé a été, dans ce cas, le gérant d'affaires de la société. Or, nous voyons par l'article 1375 que le maître doit remplir les engagemens que le gérant a contractés en son nom, si toutefois l'affaire a été bien administrée. Il y a ici bonne administration, puisque l'on suppose que la chose qui faisait l'objet de l'obligation, a été employée dans l'intérêt de la société. Enfin la rédaction de l'article 1864, favorise elle-même cette interprétation; car il y est dit que la stipulation, *que l'obligation est contractée pour le compte de la société*, lie les autres associés, lorsque la chose a tourné au profit de la société. Or, envers qui les lie-t-elle? Ce

n'est pas envers l'associé qui a contracté : les associés sont liés entre eux par le contrat de société même, et sans avoir besoin d'aucune stipulation ultérieure. Ce ne peut donc être qu'envers le créancier ; donc le créancier a contre eux l'action directe et non pas seulement du chef de l'associé avec lequel il a contracté. » (1)

M. Duranton répond que, dans les deux cas, l'action des tiers est l'action *de in rem verso* ; et que les actions de cette sorte ne s'exercent point au nom et du chef du débiteur, mais bien *directement* contre celui qui a profité de la chose. (2)

En effet, en droit romain, pour que l'action *de in rem verso* fût donnée aux tiers qui avaient contracté avec des fils de famille ou des esclaves, il n'était pas nécessaire que ceux-ci eussent déclaré qu'ils traitaient pour leur père ou leur maître ; il suffisait que le maître ou le père eût profité des engagemens du fils de famille ou de l'esclave. Cela résulte implicitement de la plupart des textes placés au titre du Digeste *de in rem verso* (3), et aux §§ 4 et suiv. du titre des Institutes, *Quod cum eo qui in alienâ potestate est, negotium gestum esse dicitur* (4). De même, si les associés sont liés envers les tiers par l'engagement de leur coassocié, ce n'est point parce que celui-ci a déclaré qu'il agissait pour le compte de la société, mais bien parce que la société a profité de l'engagement, et qu'elle

(1) Tome III, nᵒ, pag. 236.
(2) Tome XVII, nᵒ 449.
(3) *Lib. XV, tit. III.*
(4) *Lib. IV, tit. VII.*

est toujours censée avoir donné pouvoir de l'enrichir. Ne serait-il pas singulier que la société fût tenue différemment envers les tiers, selon le langage qu'aurait employé, en contractant, un de ses membres qui n'avait pas le pouvoir de l'obliger?

Il n'est pas besoin de dire que celui-ci est toujours personnellement tenu de remplir ses engagemens pour le tout, quel que soit leur effet à l'égard de la société; et sauf son recours contre elle, selon les circonstances.

405. Les créanciers de la société et les créanciers personnels de l'un des associés peuvent se trouver en concours. La conciliation de leurs droits a paru présenter quelque difficulté. Il suffit cependant, pour lever tous les doutes, de rappeler les idées que j'énonçais au commencement de cette section. On sait que la société est une personne distincte des individus qui la composent; que ses biens sont séparés des biens des associés; et que chaque associé est tenu pour une part égale des obligations sociales. Par conséquent, les créanciers de la société ont un droit exclusif sur les biens qui composent l'actif social; les créanciers personnels de l'associé ne peuvent venir en concurrence sur ces biens, parce que la société n'est pas leur débitrice. Mais les créanciers de la société ne sont ni écartés ni primés par les créanciers personnels d'un associé, alors même qu'il s'agit des biens propres à celui-ci, parce que l'associé est personnellement tenu envers les créanciers de la société.

M. Frémery explique parfaitement cette doctrine.

« La société, dit-il, une fois formée et dotée d'un actif social par l'apport d'un capital libre, de la part de chaque associé, devient un être de droit, propriétaire et agissant par l'entremise de ses membres; en sorte que la propriété de l'actif accru ou diminué, résidant désormais dans la personne de la société, et non pas, même par indivis, dans celle de chaque associé, l'associé n'est plus que le créancier de la quotité éventuelle que lui produira, pour sa part, la liquidation de l'actif social, au moment où la société étant dissoute et éteinte, la propriété de cet actif retournera *de la* société aux associés qui la composaient et qui lui survivent.

« Dès que l'associé n'est que le créancier-membre de la société existante, il s'ensuit que ses créanciers personnels, n'ayant que ses droits, ne peuvent réclamer que cette même part qui doit revenir à leur débiteur par l'effet de la liquidation.

« Or, la liquidation consiste à réaliser l'actif net, en acquittant tout le passif; conséquemment, les créanciers de l'associé, se présentant avec ses droits, n'ont aucune part à réclamer dans l'actif social, tant que les créanciers de la société ne sont pas entièrement payés. La décision suivie par la coutume est donc la déduction fort exacte de l'idée nouvelle introduite par les commerçans en matière de société. (1)

« Mais si la coutume commerciale, en admet-

---

(1) J'ai prouvé précédemment que cette idée n'est pas nouvelle, comme le croit M. Frémery, *suprà*, n° 384.

tant qu'une société de commerce est un être distinct de chacun de ses membres, a permis aux créanciers de la société de se prévaloir de la conséquence qui s'y rattache, elle n'a pas songé à isoler la société des associés qui la composent. Nul n'est créancier de la société, que parce qu'il a contracté avec les associés; or, si leur réunion collective a donné pour débiteur au créancier la société, elle n'a pas empèché que chacun des membres de cette réunion ne fût aussi le débiteur personnel du créancier avec qui ils ont traité. Aussi n'a-t-il jamais été mis en doute que le créancier de la société n'ait un droit sur tous les biens particuliers de chaque associé, semblable à celui des créanciers particuliers de cet associé. »(1)

406. La jurisprudence a depuis long-temps adopté ce système, et les jurisconsultes l'enseignent. Cependant, M. Duranton montre quelque hésitation sur la question de savoir, si les créanciers de la société ont un droit égal à celui des créanciers personnels de l'associé, sur les biens particuliers de celui-ci. Il pense que si les créanciers de la société demandent à être payés par préférence sur ses biens, ils doivent souffrir que les créanciers particuliers de l'associé soient payés, par préférence à eux, sur les biens personnels de cet associé.

« La loi 5, § 15, ff. *de actione tributoriâ*

---

(1) Etudes de droit commercial, page 33.

fournirait, dit-il, un argument pour le décider ainsi. On en trouverait un semblable dans la loi 3, § 2, ff. *de separationibus*, où Papinien, contre le sentiment de Paul et d'Ulpien (dans la loi 5 au même titre) qui ne voulaient pas que les effets de la séparation pussent être scindés, admettait bien les créanciers du défunt qui avaient demandé la séparation des patrimoines à se faire payer aussi sur les biens particuliers de l'héritier; mais toutefois après discussion préalablement faite de ceux du défunt, et en outre, après le paiement intégral des créanciers particuliers de l'héritier; décision qu'avaient adoptée Domat, Lebrun et Pothier. » Il ajoute en note, « voyez toutefois, tome VII, n° 500 et 501, où nous disons qu'il ne paraît pas que les rédacteurs du Code aient admis le même tempérament que Papinien à sa décision. »

Un pareil langage ne présente pas véritablement une solution. Ce qui suit n'est guère plus précis. » Voici en effet comment conclut M. Duranton. « Comme le point en question n'est pas positivement prévu et réglé par le Code civil, les juges en vertu de l'article 4, pourraient le décider de la sorte, en suivant les règles de l'équité qui paraissent, en effet, vouloir une semblable décision. »

Il est vrai qu'aucun texte ne tranche expressément la difficulté; mais ce serait mal entendre l'art. 4 du Code civil, que d'en faire l'application toutes les fois que la législation est muette sur une espèce particulière. Si de l'ensemble des dispositions de la loi dérivent des principes incontestables, ces principes doivent diriger les tribunaux

appelés à statuer sur les cas qui ne sont pas formellement prévus; le juge qui les méconnaîtrait manquerait à son devoir; et ses décisions, présentant une violation implicite des règles légales, seraient sujettes à la censure de la Cour de cassation.

Dans la matière qui nous occupe, une foule de textes (1) supposent que la société a des biens distincts et séparés de ceux des associés; d'où il suit invinciblement que ses créanciers ont sur ces biens un droit que personne ne peut ni leur contester ni partager avec eux. Comme d'ailleurs, il n'est pas douteux, et les textes ne sont pas moins clairs à cet égard, que chaque associé est débiteur direct et personnel, pour une part égale, des créanciers de la société, il faut absolument conclure que tout créancier de la société a droit d'exiger son paiement, et sur les biens sociaux et sur les biens des associés, sans qu'il y ait réciprocité pour les créanciers particuliers de chaque associé. Un tribunal qui n'admet pas ces conséquences viole les articles de la loi d'où elles sont déduites.

Il est au surplus étrange qu'on veuille imposer à l'exercice du droit des créanciers de la société sur l'actif social, cette condition qu'ils ne réclameront rien sur les biens personnels des associés. Les créanciers de la société ont deux espèces de débiteurs; d'abord la société considérée comme personne civile, pour la totalité de la créance; ensuite chaque associé, pour une part,

(1) V. *suprà*, n° 382.

déterminée. On ne peut, sous prétexte d'équité, leur refuser action ni contre l'un ni contre l'autre.

407. Plusieurs arrêts ont décidé que les créanciers d'une association en participation ne doivent point être préférés aux créanciers personnels de l'associé administrateur, sur l'actif social.

Ces décisions, loin de contester les principes que j'ai posés, leur rendent l'hommage le plus explicite; elles reconnaissent que les créanciers de l'association auraient un droit de préférence incontestable, s'il s'agissait d'une véritable société; elles ne le leur refusent que parce qu'une association en participation n'est pas une société proprement dite, ayant le caractère d'une personne civile. (1)

408. Les créanciers personnels d'un associé ont été admis à saisir et à faire vendre sa part, dans les formes prescrites par les articles 636 et suiv. Cod. proc., pour la saisie et la vente des rentes sur particuliers (2). Cela n'est point en opposition avec les droits des créanciers de la société.

(1) On a quelque temps pensé qu'en effet les associations en participation étaient des personnes civiles, ayant des droits et des biens distincts de ceux des associés. Des arrêts de la Cour de Paris des 9 août 1831, et 22 novembre 1834, l'ont ainsi décidé; Sirey-Devilleneuve, 31. 2. 259. et 35. 2. 69; Dalloz, 31. 2. 208 et 35. 2. 71. J'ai eu sous les yeux une consultation dans le même sens de MM. Pardessus et Merlin, en date du 21 février 1831. *Voy.* aussi Répertoire de jurisprudence, tome 15, page 676; mais deux arrêts de la Cour de cassation ont condamné cette opinion. *Voy.* arrêts du 2 juin 1834; Dalloz, 34. 1. 202 et Sirey-Devilleneuve, 34. 1. 603, et du 19 mars 1838; Dalloz, 38. 1. 102.

(2) Arrêt de la Cour royale de Paris, du 13 août 1834; Sirey-Devilleneuve, 34. 2. 674.

En effet, la chose vendue consiste précisément dans le lot qui reviendra à l'associé, par suite de la liquidation de la société, c'est-à-dire, après le paiement de tous les créanciers de celle-ci. Aucune atteinte n'est donc portée à la préférence que ces derniers doivent exercer sur les biens qui composent le fonds social.

CHAPITRE IV.

Des différentes manières dont finit la société.

SOMMAIRE.

409. *Division du chapitre.*

409. Ce chapitre se divise en deux sections. La première est consacrée à l'exposition des différens évènemens qui mettent fin à la société; la seconde traite du partage à faire entre les associés, de sa forme et de ses effets.

SECTION PREMIÈRE.

Des évènemens qui mettent fin à la société.

SOMMAIRE.

410. *Enumération des causes qui mettent fin à la société.*
411. *La société finit par l'expiration du terme.*
412. *Le terme peut être fixé par l'indication d'une date, ou par la désignation d'un évènement.*

432. *Elle finit par la mort d'un associé.*

433. *Il est permis de stipuler qu'elle continuera, soit entre les héritiers du défunt et les survivans, soit entre les survivans seulement.*

434. *Il y a des cas où, sans stipulation expresse, la société continue avec les héritiers du défunt.*

435. *Il faut toujours une stipulation expresse, pour que la mort de l'associé administrateur ne mette pas fin à la société.*

436. *La liquidation des droits des héritiers se fait, eu égard à la situation de la société au moment du décès.*

437. *Nonobstant la dissolution, les héritiers du défunt doivent pourvoir à ce qu'exigent les circonstances.*

438. *Les actes faits par les associés dans l'ignorance de la mort de leur associé, sont valables.*

439. *Interprétation de la clause qui fait continuer la société, après le décès de l'un de ses membres.*

440. *Sens du mot* héritier *employé dans cette clause.*

441. *La société ne doit pas continuer, si un des héritiers est mineur.*

442. *La société finit par la mort civile de l'un des associés.*

443. *Par l'interdiction pour cause de démence, et par suite de condamnation; par la nomination d'un conseil judiciaire; par la faillite ou la déconfiture d'un associé.*

444. *Suite.*

445. *La société se dissout par l'infraction d'un associé à ses engagemens.*

446. *Soit par l'infraction à l'obligation de donner; soit par l'infraction à l'obligation de faire.*

447. *Distinction entre l'infraction volontaire et l'infraction involontaire.*

448. *L'associé qui n'a pas promis son travail personnel peut se faire remplacer.*

449. *L'associé qui remplit ses engagemens n'est pas obligé de subir la dissolution, en demandant des dommages-intérêts contre celui qui manque à ses obligations.*

410. La société finit :

Par l'expiration du terme pour lequel elle a été contractée;

Par l'extinction de la chose qui constitue le fonds social;

Par la consommation de la négociation pour laquelle elle avait été formée;

Par la mort naturelle de l'un des associés;

Par la mort civile, l'interdiction, la faillite ou la déconfiture de l'un d'eux;

Par l'inexécution volontaire, ou involontaire des engagemens qui résultent ou de la loi, ou de la convention pour chaque associé;

Enfin, par la volonté qu'expriment un ou plusieurs associés de n'être plus en société.

411. La société cesse au terme qu'ont fixé les parties. Leur convention sur ce point doit s'exécuter comme sur tout autre.

412. Le terme peut être fixé de deux manières : ou par l'indication d'une date précise, ou par la désignation d'un évènement déterminé. L'effet est le même, quel que soit le mode que les parties aient adopté pour manifester leur volonté. La société finit de plein droit, lorsque le jour est échu, ou lorsque l'évènement est arrivé.

413. Il faut toutefois examiner avec soin si l'évènement forme un terme ou une condition résolutoire. Autre chose est de stipuler qu'au moment où un évènement s'accomplira, tous rapports cesseront pour l'avenir; autre chose, de dire que même le passé sera considéré comme non avenu. Dans le premier cas, il y a une société à terme, dont il faut faire la liquidation d'après les bases posées dans l'acte constitutif; dans le second, il n'y a pas eu de société: c'est une communauté de fait qui a existé, dont les effets doivent être réglés suivant les principes généraux du droit. (1)

414. Quelquefois, les parties indiquent un terme, non pour limiter d'une manière absolue et rigoureuse la durée de la société; mais parce qu'elles supposent que le temps qu'elles ont fixé suffira pour consommer toutes les opérations. Si leur calcul n'est pas juste, et si le terme

(1) Pour le cas où la société a été contractée, sous une condition suspensive. V. *suprà*, nos 136 et 146.

arrive avant que les négociations soient finies, la société continuera jusqu'à ce qu'elles soient achevées. (1)

415. Les contractans ont le droit de fixer, comme ils le jugent convenable, la durée de leurs rapports. Ils peuvent même convenir qu'ils seront associés pendant toute leur vie : *societas coïri potest vel in perpetuum, id est dùm vivunt, vel ad tempus.* (2)

M. Duranton enseigne, au contraire, que la durée des sociétés est renfermée dans une période de cinq ans ; que du moins, elle ne saurait jamais s'étendre à la vie entière des associés. (3)

Son opinion est fondée sur la disposition des articles 815 et 1780, Cod. civ.

L'art. 815 dit, en effet, que nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision ; que le partage peut toujours être provoqué, nonobstant prohibitions et conventions contraires ; qu'on peut cependant convenir de suspendre le partage pendant un temps limité ; et enfin que *cette convention ne peut être obligatoire au-delà de cinq ans.* Mais évidemment, ce texte n'est pas applicable à la société.

L'indivision est un état passif, sans direction, sans gouvernement, peu favorable à l'amélioration des choses laissées en commun, et fertile en procès d'autant plus fâcheux qu'ils s'élèvent ordinairement entre proches parens.

---

(1) Arrêt du 13 janvier 1810, de la Cour de Bruxelles ; Sirey, 12. 2, 215 ; Dalloz, v° *Société*, n° 97.

(2) L. 1. ff. *pro socio.*

(3) Tome XVII, n° 392 ; *contrà*, M. Dalloz, v° société, page 87.

La société, au contraire, réunit des capitaux pour en accroître les produits; elle est soumise à une organisation régulière, elle a un but déterminé et des agens chargés de le lui faire atteindre.

Avec de telles différences, lorsque l'indivision présente une foule d'inconvéniens, et la société des avantages incontestables; on comprend très bien que la prudence du législateur ait défendu que la première se prolongeât indéfiniment; et qu'il ait laissé à la seconde pleine et entière liberté.

Il y a même ceci de remarquable, que souvent l'objet de la société ne pourrait être rempli, si sa durée était réduite à cinq ans. M. Duranton reconnaît qu'alors la règle de l'article 815 doit être écartée, il avoue aussi qu'elle ne régit point les sociétés d'industrie et de commerce. Cependant, si le principe, que toute association est renfermée dans les bornes d'une période quinquennale, était vrai, ces exceptions seraient impossibles; car aucun texte formel ne les autorise.

D'ailleurs, lorsque la nature des opérations fait une nécessité de donner plus de cinq ans d'existence aux sociétés, ce sont les parties qui, en s'unissant pour des affaires d'une certaine espèce, déterminent ainsi, d'une manière indirecte, la durée de leurs rapports. Pourquoi donc une volonté expresse et directe n'aurait-elle pas la même puissance?

Deux argumens sont invoqués par M. Duranton pour justifier son opinion. Il dit, d'une part, « que dès que des héritiers conviennent qu'ils resteront pendant un certain temps dans

l'indivision; que le partage ne pourra être provoqué par l'un d'eux avant l'expiration de ce temps; ils font par cela même une convention de société ». C'est une grave erreur, c'est confondre la société avec l'indivision conventionnelle (1). Il ajoute que « suivant l'article 1872, les règles concernant le partage des successions, la forme de ce partage et les obligations qui en résultent entre les co-héritiers, s'appliquent aux partages entre associés; preuve bien évidente que l'article 815, lui-même, s'y applique pareillement. » La preuve ne me paraît pas le moins du monde concluante. L'article 1872 pose comme principe général, que les régles relatives au partage des successions sont applicables au partage de la société; mais lorsque la nature de celle-ci repousse cette application, il faut bien reconnaître qu'elle ne doit pas avoir lieu. Ainsi, M. Duranton lui-même, démontre que le retrait autorisé par l'art. 841 ne peut être exercé entre associés (2). Or, il a été clairement établi que l'on paralyserait la plupart des sociétés, si on les forçait à se renfermer absolument dans le court intervalle de cinq années; et il n'y a point de jurisconsulte, point d'économiste, qui ne reconnaisse qu'il importe également de ne pas souffrir de longues indivisions, et d'autoriser de longues sociétés. (3)

---

(1) V. *suprà, passim;* ce qui distingue l'une de l'autre et notamment n° 35 et suiv., 345; et M. Duranton lui-même, tome XVII, n° 320.

(2) *Voy*, tome XVII, n° 443.

(3) *Voy*. Discours de M. Treilhard, Rappört de M. Boutteville,

Est-il besoin enfin de montrer qu'affranchies de la limite posée par l'article 815, les associations peuvent fort bien n'avoir d'autres bornes que celles de la vie humaine; que l'article 1780 qui ne permet pas d'aliéner sa liberté; qui rompt l'engagement de celui qui se place pour toujours en état de servitude ou de domesticité, est absolument étranger au sujet qui nous occupe? Cela me semble tout-à-fait inutile; il est assez évident de soi-même, que les rapports d'égalité, d'indépendance réciproque, les liens parfaitement honorables qui unissent les associés, sont d'une autre nature que ceux qui existent entre un maître et ses domestiques ou gens de service. (1)

416. La prorogation d'une société, dont le terme est expiré, ne peut être prouvée que par les moyens, à l'aide desquels son existence aurait pu être établie. « Lorsque la société est dissoute ou n'existe plus, disait M. Boutteville au Tribunat, la continuer, la proroger, c'est réellement en contracter une nouvelle. Une convention écrite et toutes les formes nécessaires pour contracter la première le sont donc également pour la seconde. » (2)

L'expression de l'article 1866 semble imposer à ceux qui prorogent leur société, l'obligation

---

Discours de M. Gillet; M. Locré, tome XIV, page 525, 528, 541 et 554.

(1) *Voy.* dans mon Traité de louage, tome IV de ma Continuation, n° 276, ce qu'on doit entendre par les expressions *domestiques, gens de service, ouvriers.*

(2) M. Locré, tome XIV, page 542.

d'employer un acte identiquement semblable à l'acte constitutif; par exemple, un acte sous seing privé, si c'est une convention sous seing privé qui a fondé la société; un acte authentique, si c'est un acte authentique qui l'a établie. Mais l'on a dit avec raison que telle n'a pas été la pensée des législateurs, qu'ils ont voulu uniquement que les preuves admissibles pour établir la constitution des sociétés, fussent seules reçues pour constater leur prorogation. (1)

417. Dans l'ancienne jurisprudence, l'héritier d'un associé était censé avoir renouvelé la société avec les associés survivans, s'il continuait avec eux le même trafic. (2)

Je crois aussi que, si après l'expiration du terme fixé, des associés continuent leurs opérations, on pourra conclure de leur conduite qu'ils ont formé une société nouvelle. A l'égard des tiers et quelquefois même entre associés, la preuve d'une société peut être puisée dans des écrits émanés des associés, dans des actes où cette qualité leur a été donnée, sans réclamation de leur part, ou même dans des faits non contestés qui supposent nécessairement que la société a été formée et qu'elle a agi (3). Il n'y a pas de raison pour ne

---

(1) M. Duranton, tome XVII, n° 462; arrêt de la Cour de cassation du 12 décembre 1825; Sirey, 26. 1. 284; Dalloz, 26. 1. 102.

(2) Ranchin, part. 4, conclus. 104 et 105, *in Cod. lib.* 4, *tit.* 27, *def.* 2. Menochius *de præsumpt.*, *lib.* 3, *præs.* 57, n° 8; arrêt du Parlement de Toulouse du 2 août 1572; Maynard, liv. 2, ch. 71; Charondas, Pandectes, liv. 13; Fontanon sur Masuer, des Associations, 29.

(3) V. *suprà*, n°s 78, 80, 81, 82 et 83.

pas admettre comme preuves de la prorogation, des documens qui serviraient à prouver la constitution. L'on doit même se montrer plus facile pour l'une que pour l'autre; car lorsqu'il est constant qu'une association a existé, et qu'on voit les actes et les faits par lesquels elle se manifestait, se reproduire, il est tout naturel de croire qu'elle continue.

418. La perte des choses qui sont l'objet de la société doit souvent avoir sur son existence une influence décisive; mais selon la manière dont les choses étaient engagées dans l'association, selon l'époque à laquelle est survenue la perte et les causes qui l'ont produite; suivant qu'il s'agit de corps certains et déterminés, ou d'objets désignés seulement par leur espèce, les résultats sont fort différens.

Il ne faut point chercher à prévoir toutes les hypothèses qui peuvent naître de la combinaison d'élémens aussi nombreux et aussi variés. Je m'attacherai seulement à poser des règles d'une utile et large application; et j'espère y réussir, en reproduisant avec quelques observations, ce que M. Toullier a déjà écrit sur cette matière.

419. Premièrement, il est nécessaire de distinguer entre la perte des choses qui composent la mise de l'un des associés et la perte du fonds social tout entier. On comprend que, s'il n'y reste rien, ou si ce qui a échappé au sinistre est insuffisant pour que les associés puissent exécuter les opérations qu'ils avaient en vue, la société sera nécessairement dissoute. Peu importe à qui on devra imputer la perte, sur qui en pesera la responsabilité, quelle

action auront les associés les uns contre les autres; il n'y aura plus *quelque chose mis en commun* (1), la société manquera d'un de ses élémens constitutifs, par conséquent elle cessera d'exister.

420. La perte de la mise d'un associé, même entière, n'a pas un effet aussi absolu. Si, avec les mises des autres, le but de la société peut encore être atteint, la dissolution n'est pas en ce cas, comme dans l'autre, une inévitable et impérieuse nécessité.

421. Voyons donc quand et pourquoi la perte de la mise d'un associé rompt la société.

Cette question complexe n'a reçu qu'une solution obscure et incomplète dans l'art. 1867 Code civil. Aussi M. Toullier a-t-il eu soin d'en donner un commentaire étendu, dans lequel il détermine le sens de ses dispositions, et démontre qu'elles sont en parfaite harmonie avec les principes généraux, sur la transmission de la propriété, et sur l'extinction des obligations par la perte de la chose. (2)

Je m'appuierai presque toujours sur cette excellente dissertation, en marquant quelques points sur lesquels il me semble qu'on ne doit pas adopter la doctrine qui y est enseignée.

422. L'art. 1867 prévoit trois cas. Il décide que lorsque l'un des associés a *promis* de mettre en commun une chose, sans en transmettre immédiatement la propriété, la perte survenue, avant que la transmission ait été effectuée, entraîne la dissolu-

(1) Cod. civ., art. 1832.

(2) *Voy.* Tome VII, n° 451 et suiv., jusques et y compris le n° 461.

tion de la société par rapport à tous les associés.

Il ajoute que la société est également dissoute, dans tous les cas, par la perte de la chose, lorsque la jouissance seule a été mise en commun et que la propriété en est restée dans la main de l'associé.

Enfin il décide que la société n'est pas rompue par la perte de la chose, dont la propriété a déjà été transmise à la société.

J'ai à dessein modifié le texte de l'article 1867, afin de déterminer d'abord le plus clairement possible, les différentes hypothèses qu'il embrasse : je dois maintenant prouver que j'en ai fidèlement reproduit le sens. Voyons donc si, en effet, il est vrai qu'il règle successivement les effets de la perte de l'apport, lorsqu'il consiste dans la propriété des choses, et lorsqu'il ne comprend que la jouissance; s'il est vrai qu'il distingue entre la perte de l'apport, dont la propriété est *transmise* à la société, et la perte de l'apport, dont la propriété est *promise, mais non transmise*.

Il est ainsi conçu :

« Lorsqu'un associé a *promis* de mettre en commun la propriété d'une chose, la perte survenue avant *que la mise en soit effectuée*, opère la dissolution de la société par rapport à tous les associés.

« La société est également dissoute dans tous les cas par la perte de la chose, lorsque la jouissance seule a été mise en commun et que la propriété en est restée dans la main de l'associé.

« Mais la société n'est pas rompue par la perte

de la chose, ***dont la propriété a déjà été apportée*** à la société. »

Écoutons maintenant M. Toullier.

Il rappelle que la commission chargée de rédiger le projet du Code civil, puisa la première ébauche de l'article 1867 dans la disposition de la loi 58 ff. *pro socio* (1). Puis il ajoute :

« L'article 57 du titre de la Société portait dans ce projet : ***s'il a été contracté société, pour y mettre le prix de la vente à faire en commun de plusieurs choses appartenant à chaque associé et que la chose de l'un d'eux périsse, la société est éteinte.*** (2)

« Dans l'espèce de ce projet, il s'agit, comme on voit, de mettre en société, non pas les choses mêmes qui doivent être vendues, mais leur prix seulement. Cette convention ne peut donc transférer à la société la propriété de ces choses.

« Ainsi, la chose de l'un des associés venant à périr avant la vente, la perte est pour son compte, puisqu'il est demeuré propriétaire. Mais de plus, il devient impossible d'exécuter la convention, et la société est dissoute ; car il est de son essence que chaque associé apporte sa mise. Or, il est devenu impossible que l'un d'eux l'apporte, le contrat s'évanouit donc : ***incidit in casum à quo incipere non poterat.***

« Cette rédaction fut changée pour en rendre la disposition plus générale, dans le projet dis-

(1) Tome VII, n° 456.

(2) Je crois avoir démontré que ce n'est pas là une véritable société. V. *suprà*, n° 46 et 51.

cuté au Conseil d'Etat, le 14 nivose an XII. L'article 38 portait : *la chose que l'un des associés devait mettre dans la société, et qui a péri, opère la dissolution de la société, par rapport à tous les associés.*

« On voit qu'il s'agit ici, comme dans le premier projet, d'une chose que l'un des associés *devait* mettre en société, mais qu'il n'y avait point encore mise. La disposition est seulement plus générale; et on ajoute au premier projet que la société est dissoute, *pour tous les associés*, s'il y en a plus de deux.

« Enfin cette rédaction fut encore changée d'après les conférences tenues avec le Tribunat, sans que, dans les procès-verbaux du Tribunat, on trouve les motifs de ce changement.

« Quoi qu'il en soit, elle fut dans la séance du 3 ventose an XII, présentée et adoptée telle qu'on la fit dans l'article 1867 du Code. (1)

« Lorsque l'un des associés a *promis* de mettre « en commun la propriété d'une chose, la perte « survenue avant que *la mise en soit effectuée* « opère la dissolution de la société, par rapport à « tous les associés.

« Ces expressions *avant que la mise en soit effectuée*, ont paru tellement obscures et équivoques que quelques personnes croyant qu'elles signifiaient *avant que la chose soit livrée, avant que la tradition en soit faite à la société*, ont pensé

(1) *Voy.* M. Locré, tome XIV, page 510.

que cet article 1867 était en contradiction avec l'art. 1138, qui porte que l'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties; qu'elle rend le créancier propriétaire, et met les choses à ses risques, *encore que la tradition n'en ait point été faite*. D'autres, que ce même article 1867 contient une exception au principe établi par l'art. 1138, pour le cas de la société; d'où résulterait que, si la perte des corps certains et déterminés, que l'un des associés s'est obligé de mettre en commun, périssait sans sa faute, avant qu'il les eût livrés, et qu'il fût en demeure de les livrer, la société serait dissoute : ce qui serait contraire à l'ancienne jurisprudence, et plus encore aux principes du Code.

« Pothier (*Traité du contrat de société*, n° 10), enseigne que si les corps certains et déterminés qu'un associé s'est obligé d'apporter à la société pour sa mise, périssent sans sa faute, avant qu'il ait été mis en demeure de les apporter, il est quitte de son obligation, de même que s'il les avait apportés.

« Il fonde cette proposition sur le principe général que, dans toutes les dettes de corps certains, la chose est mise aux risques du créancier à qui elle est due, et le débiteur est libéré lorsqu'elle périt sans sa faute, et avant qu'il ait été mis en demeure de la livrer.

« Or, il est contre toute vraisemblance que les rédacteurs du Code aient voulu s'écarter en ce point de l'ancienne doctrine, de la doctrine de Pothier qu'ils ont constamment suivie pas à pas,

comme des enfans à la lisière (1); qu'ils s'en soient écartés sans aucune raison, ou plutôt contre toute raison; car après avoir établi, contre l'ancienne jurisprudence, que la tradition n'était plus nécessaire pour transférer la propriété, qu'elle est transmise *par le seul effet de l'obligation*, qui rend *le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite*; pourquoi faire pour le cas de la société une exception en faveur de laquelle on n'aperçoit aucune raison plausible? Il est impossible de croire que telle ait été l'intention des législateurs.

« On ne trouve aucune trace de cette intention, ni dans les procès-verbaux des conférences tenues au conseil d'état, ni dans les exposés des motifs de la loi.

« Mais l'art. 1867 est obscur et équivoque. Oui, sans doute, et plût à Dieu que ce fût le seul! Mais l'obscurité se dissipe, en suivant la méthode prescrite par la raison et par les auteurs, d'interpréter les dispositions d'une loi, les unes par les autres, et de s'attacher au sens qui s'accorde avec les principes généraux, plutôt qu'à celui qui s'en écarte sans motif. Interprétons la première disposition de l'art. 1867 qui porte que la perte de la chose survenue *avant que la mise en soit effectuée*, opère la dissolution de la société, par la dernière disposition du même article qui porte que

(1) M. Toullier pouvait ajouter que cette doctrine est expressément reproduite dans l'article 1302, Cod. civ.

la société n'est pas rompue par la perte de la chose, *dont la propriété a déjà été apportée à la société.*

« Il est évident que ces expressions *de mise effectuée* et de *propriété apportée*, employées l'une dans la première, l'autre dans la dernière disposition de l'article, ont la même signification.

« Dans la première, on s'est servi de cette expression, *mise effectuée*, pour éviter la répétition choquante du même mot, si l'on avait dit « lors« que l'un des associés a promis de mettre en com« mun *la propriété* d'une chose, la perte survenue « avant que *la propriété* en soit *apportée* opère la « dissolution de la société. »

« Mais, dans la dernière disposition où l'on n'avait point à éviter la répétition du même terme, on a rétabli le mot propre; « la société n'est pas « rompue par la perte de la chose, dont *la propriété* « *a déjà été apportée.* »

« On voit que, pour expliquer quand la perte de la chose dont l'un des associés a *promis* de mettre la propriété en commun, opère la dissolution de la société, le Code distingue si la perte est arrivée avant ou après la translation de la propriété.

« Si elle est arrivée avant cette translation, autrement *avant la mise effectuée*, la société est dissoute.

« Si elle est arrivée après que *la propriété a déjà été apportée*, la société n'est pas dissoute.

« Ainsi cette expression de *la mise effectuée* est synonyme de *propriété apportée* : il est du moins certain que l'art. 1867 les a employées l'une pour l'autre.

« Mais quand la propriété est-elle transférée ou

apportée? L'article 1867 ne le dit pas. Il faut donc pour le savoir, recourir aux articles 711 et 1138 qui portent, l'un que la propriété est transférée par *l'effet des obligations*, l'autre, que l'obligation de livrer la chose *rend le créancier propriétaire, et met la chose à ses risques, dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite.*

« L'obscurité, l'équivoque de la première disposition de l'art. 1867 s'éclaircit donc, et son véritable sens est fixé par cette explication, et par le rapprochement tant de sa dernière disposition que des articles 711 et 1138.

« On remarquera peut-être que l'art. 1867 suppose qu'il y a des cas où la propriété d'une chose n'est pas transférée par la seule promesse de la mettre en commun; et rien n'est plus vrai : nous en avons déjà donné un exemple, tiré de la loi 58, *pro socio*: dans la convention de mettre des chevaux en commun pour les vendre plus avantageusement et partager le prix de la vente.

« Nous avons vu aussi que c'est dans cette loi qu'ont été puisés la première ébauche et le fond de l'art. 1867, qui, malgré les changemens de rédaction qui l'ont rendu obscur en le généralisant, est rédigé dans le même sens que la loi d'où il tire son origine et que le projet de la commission. »

423. Cet exemple choisi par M. Toullier n'est pas, à mon avis, satisfaisant, car la combinaison qu'il retrace ne constitue pas une société. (1)

---

(1) V. *suprà*, note 2 page 512.

M. Delvincourt indique une autre hypothèse: c'est celle où la chose promise n'appartenait pas au moment du contrat à l'associé qui s'est engagé à la livrer.

« Ainsi, dit-il, Pierre et Paul savent qu'il doit arriver à Bordeaux et à Marseille deux cargaisons d'un débit avantageux : Pierre s'engage d'acheter celle de Bordeaux; Paul celle de Marseille; et ils s'obligent mutuellement à les mettre en commun, pour en partager les bénéfices. La cargaison de Bordeaux périt par la fortune de mer avant que Pierre ait pu l'acheter. Dans ce cas, Pierre se trouvant dans l'impossibilité d'effectuer sa mise, la société est dissoute, et il n'a aucun droit à prétendre sur la cargaison de Marseille. » (1)

Ce cas est en effet un de ceux où le premier alinéa de l'art. 1867 recevrait son application; mais ce n'est certainement pas le seul. Il peut très bien arriver que l'associé soit propriétaire de la chose, qu'il promet de mettre en commun, au moment où il fait la promesse, et que cependant la propriété n'en soit pas transmise immédiatement à la société. C'est ainsi que j'ai montré qu'il y a des promesses de vente qui ne transmettent pas sur-le-champ la propriété des choses qui en sont l'objet. Je crois avoir établi qu'en vertu de la maxime: *la promesse de vente vaut vente*, il y a transmission de la propriété, du moment même où la promesse a été faite (2); mais j'ai expliqué

(1) Tome III, notes page 233.

(2) *Voy.* Tome XVI (I[er] de ma Continuation), n[os] 123 et 124.

que si les parties ont manifesté l'intention de rejeter dans l'avenir les effets de leur convention, il sera impossible de résister à la force d'une volonté nettement exprimée, et de faire prévaloir sur cette volonté la règle que la promesse de vente vaut vente. J'ai cité un passage des manuscrits de M. Carré qui justifie cette opinion. J'ai dit enfin que, le jour fixé par la convention une fois arrivé, la vente apparaîtra complète, parfaite avec toutes ses conséquences, transmettant la propriété, faisant passer la responsabilité des risques du vendeur à l'acheteur; et cela par la force de la convention primitive (1). L'application de ces idées à la société montre que, si un associé a promis de mettre une chose en commun, avec l'intention de suspendre jusqu'à une époque déterminée la transmission de la propriété, la société ne sera saisie qu'à cette époque; et qu'elle sera dissoute si la chose périt antérieurement.

La règle ancienne reproduite par l'art. 1302 du Code civil, que le débiteur d'un corps certain est libéré par la perte de la chose due, n'a rien de contraire à ce qui vient d'être dit. Celui qui a *promis* de vendre, comme celui qui a *promis* de mettre en société, *à l'avenir* une chose déterminée, n'est point débiteur de cette chose; il n'est débiteur que d'un fait. (2)

424. Il y a donc, ainsi que je l'ai établi, deux

---

(1) *Ibid.* n° 125.

(2) Pothier, de la Vente, n° 477 et 479; M. Toullier, tome IX, n° 91, *in fine*.

cas principaux prévus par l'art. 1867. Dans l'un, c'est la propriété; dans l'autre, c'est seulement la jouissance des choses qui est mise en société.

Le premier se subdivise. Ou la propriété n'est pas transmise, avant la perte de la chose, et alors la société est dissoute; ou la perte survient après la transmission de la propriété, et alors la société continue.

425. Toutefois, et avant de passer au cas où les choses n'entrent dans l'association que pour la jouissance, il faut faire remarquer:

Premièrement, que si les choses qui composent la mise ne sont point des corps certains et déterminés, la perte survenue avant la livraison ne dissout point la société; parce que l'associé qui a promis des choses déterminées seulement par leur espèce, ne peut dire qu'elles ont péri. *Genus nunquàm perit.* (1)

Secondement, que même lorsque la société a déjà été saisie de la propriété, elle est dissoute par la perte, si elle ne peut plus atteindre son but avec ce qui reste du fonds social. (2)

426. On a vu qu'aux termes du second alinéa de l'article 1867, lorsque la jouissance seule a été mise en commun, la société est dissoute dans tous les cas par la perte de la chose. (3)

Celui, dont la mise se compose de la jouissance de certaines choses, n'a pas rempli son engagement

---

(1) M. Toullier, tome VII, n° 460; M. Pardessus, tome IV, n° 987.
(2) V. *suprà*, n° 177.
(3) *Voy.* Pothier, de la Société, n° 140 et 141.

tout entier, lorsqu'il a mis la société en possession et à même de jouir ; il doit, en outre, assurer la continuation de la jouissance. Le jour où elle cesse, il doit être considéré comme cessant de fournir sa mise ; ce qui emporte dissolution de la société.

Telle est du moins l'explication que donnent tous les auteurs. Cependant, celui qui met dans la société la jouissance de certaines choses, constitue un usufruit ; il ne s'oblige pas à faire jouir la société, *præstare uti frui* (1). D'où on devrait conclure que l'apport est complètement réalisé et transmis, du jour où la société a pris possession ; et qu'ainsi, la perte qui arrive plus tard, ne résout pas le contrat. Le législateur n'a point voulu adopter ces conséquences rigoureuses ; il a pensé qu'il ne serait pas équitable qu'un associé continuât à prendre part aux bénéfices périodiques de la société, lorsqu'elle serait privée des prestations successives qu'elle attendait de lui. Il a, comme le dit M. Delvincourt (2), vu *autant d'apports différens qu'il y a de perceptions de fruits* ; et, dès-lors, il a pu prononcer la dissolution de la société, du moment où la perception n'a plus été possible ;

(1) V. *suprà*, n° 194, M. Proudhon, Traité des droits d'usufruit, etc., tome III, n° 1460 et suiv. M. Toullier, tome VII, n°s 451 et 461, compare l'engagement de mettre dans la société la jouissance de certaines choses, au bail qui, dit-il, transfère la jouissance des choses louées. On sait que le bail diffère de la constitution d'usufruit ; en ce que l'un impose l'obligation *de faire jouir*, tandis que l'autre transmet la *jouissance*.

(2) Tome III, notes, pages 232 et 233.

car, par cela même, l'associé a manqué à l'obligation de fournir son apport.

« Si ce n'est point la propriété même, disait M. Boutteville au Tribunat; mais seulement la jouissance, l'usage ou les fruits de leur chose que les associés ont mis en commun, il n'y a société que pour cette jouissance, pour les fruits; il n'est, en ce cas, nul besoin d'observer et de distinguer le moment où la chose vient à périr. Qu'elle ait ou n'ait pas encore alors été apportée, l'association n'ayant pour objet qu'une jouissance ou des fruits, dès que la chose n'existe plus, qu'il n'y a plus de jouissance possible, plus de fruits à recueillir, *conséquemment plus de mise en société de la part de l'un des associés.* Il est évident que la chose périt pour celui à qui elle appartient, et que dans les deux cas, il n'existe plus de société. » (1)

Pour justifier ce système, on peut faire remarquer avec M. Proudhon (2) que, dans notre législation, lorsqu'il s'agit de prestations annuelles, *on doit voir autant de dettes particulières qu'il y a de termes échéant successivement.*

427. Si les choses, dont la jouissance compose la mise sociale, se consomment par l'usage, si elles se détériorent en les gardant, si elles ont été destinées à être vendues, ou si elles ont été mises dans la société sur une estimation portée dans un inventaire, elles sont, d'après l'article 1851, aux

(1) M. Locré, tome XIV, page 542; Voy. aussi M. Toullier, t. VII, n° 461.

(2) Traité des droits d'usufruit, etc., tome II, n° 465.

risques de la société ; par conséquent leur perte n'entraîne pas la dissolution. (1)

M. Toullier fait observer dans une note (2) que, puisqu'il y a des cas, où la société n'est pas dissoute par la perte des choses dont la jouissance seulement avait été mise en commun, il paraîtrait y avoir un vice de rédaction dans l'article 1867, qui porte que la société est dissoute *dans tous les cas*, par la perte de la chose, lorsque la jouissance seule a été mise en commun.

« Mais, remarquez, dit-il, que l'article 1867 ne déclare la société dissoute *dans tous les cas*, que sous deux conditions : 1° que la jouissance seule de la chose ait été mise en commun ; 2° que *la propriété soit restée dans les mains de l'associé*. »

« Or, on ne peut pas dire que cette propriété soit restée dans ses mains, lorsqu'il a donné des choses qui se consomment par l'usage, des choses destinées à être vendues au profit de la société, ou mises dans la société sur une estimation portée dans un inventaire. »

J'ajoute que par ces mots, *dans tous les cas*, on a voulu indiquer que la dissolution était la conséquence de la perte, soit que la perte eût précédé, soit qu'elle eût suivi la livraison à la société.

428. Lorsque la perte de la chose mise dans la société, en toute propriété, n'est que partielle, il faut examiner quelle est l'importance relative de la partie perdue. Si elle est telle que les associés

---

(1) M. Toullier, tome VII, n° 481.
(2) *Loc. cit.*

n'eussent point reçu comme mise sociale la partie qui a échappé à l'accident, la société sera dissoute. Si, au contraire, il est évident qu'ils eussent accepté la chose ainsi réduite, la société devra être maintenue avec une indemnité convenable. (1)

429. En parlant de l'obligation qui est imposée à l'associé, de fournir son apport et de la garantie qu'il doit à la société, j'ai indiqué l'effet de l'éviction ou des vices rédhibitoires sur son existence; je dois me borner à renvoyer à ce que j'ai dit à cet égard. (2)

430. M. Duranton prétend que, dans les sociétés dont la durée est illimitée, l'associé appelé en garantie aura toujours un moyen facile de s'affranchir des dommages-intérêts qui seraient réclamés contre lui, parce qu'il pourra demander la dissolution de la société. (3)

Cette ressource n'est pas aussi infaillible qu'elle paraît l'être au premier coup-d'œil. Si les choses ne sont plus entières, s'il importe à la société que la dissolution soit différée, la demande de l'associé sera rejetée (4); il restera sous le poids de la responsabilité que lui impose l'éviction.

(1) « M. Malleville, sur l'art. 1867, observe avec raison qu'il faut que la chose périe soit importante, car si l'une des choses seulement venait à périr, l'associé devrait être admis au remplacement ou à une indemnité. Il se fonde sur la loi 69 ff. *pro socio* qui dit que la société finit par la perte de la chose *si nullæ relinquantur*. » Note de M. Toullier, tome VII, sur le numéro 460. V. aussi *suprà*, nos 182 et suiv.

(2) V. *suprà*, nos 159 et suiv., jusques et y compris le no 166.

(3) *Voy.* note 2, tome XVII, sur le no 405.

(4) Cod. civ. art. 1870.

431. L'opération ou les opérations, pour lesquelles la société a été formée, étant terminées, la société cesse nécessairement. *Si alicujus rei contracta societas sit, et finis negotio impositus est, finitur societas.* (1)

432. La mort de l'un des associés dissout la société ; ainsi, non-seulement les survivans ne sont point associés avec l'héritier du défunt, mais ils ne sont plus associés entre eux. (2)

433. « Les jurisconsultes romains, dit Pothier (3), avaient poussé ce principe jusqu'à décider qu'on ne pouvait pas même valablement convenir, en contractant la société, que l'héritier de celui des associés qui viendrait à mourir pendant le cours de la société, deviendrait associé à la place du défunt : *Adeò morte solvitur societas, ut ne ab initio pacisci possimus, ut hæres etiam succedat societati.* » (4)

« La raison de cette décision était que la société étant un droit qui est fondé sur l'amitié que les parties ont l'une pour l'autre ; sur la confiance réciproque que l'une a dans la fidélité et les bonnes qualités de l'autre, il était contre la nature de la société qu'elle pût se contracter avec une personne incertaine et inconnue, et par conséquent avec les héritiers des parties contractantes, qui, lors du contrat, étaient des personnes incertaines ;

(1) L. 65. ff. *pro socio*, § 10, et *Inst. lib. III. tit.* 26. § 6.
(2) Pothier, n° 145.
(3) *Loc. cit.*
(4) L. 59, ff. *pro socio.*

que des héritiers représentent leur auteur. Ainsi pour peu que les stipulations du contrat révèlent l'intention d'admettre une pareille substitution, on devra reconnaître que les parties ont entendu déroger au droit commun.

La clause qui autorise chaque associé à transmettre librement ses droits, et qui dispose que les cessionnaires successifs seront membres de la société, est certainement la déclaration virtuelle que les héritiers des associés seront admis en leur lieu et place. Qu'importe que la transmission soit l'effet de la volonté, ou la conséquence de la mort d'un associé. Il n'y a aucune raison pour ne pas accueillir le représentant à titre héréditaire, lorsqu'on admet le successeur à titre onéreux.

435. Toutefois, il y a une distinction importante à faire entre les associés réduits à un rôle purement passif, et celui à qui une clause spéciale a confié l'administration de la société.

La stipulation qui permet les transmissions d'actions, même par la voie la plus rapide, par la remise des titres, n'autorise point l'administrateur à céder sa qualité et les droits qui y sont attachés; par conséquent, on n'a jamais songé à prétendre qu'après sa mort, ses héritiers dussent lui succéder dans la gérance.

Mais on a soutenu que la mort du gérant ne doit pas nécessairement entraîner la dissolution des sociétés nombreuses, dont les membres ont eu en vue, bien plutôt la chose qui en forme l'objet, que la personne qui doit la diriger; on a fait remarquer que la dissolution serait souvent fatale

aux véritables intérêts de la société. En conséquence, on a pensé que les associés peuvent faire choix d'un nouvel administrateur, par une délibération prise à la majorité.

On trouve ce principe posé dans beaucoup d'actes de sociétés, et nul ne doute qu'une pareille stipulation ne soit licite et sage. Mais quand elle n'est pas écrite, il est impossible de la suppléer. En vain, la majorité dira que l'intérêt de tous exige que la société continue; la minorité qui est d'une opinion opposée n'est pas obligée de céder, car il ne s'agit pas de prononcer sur une opération de l'administration. C'est un nouveau contrat qu'on propose de former; le consentement de tous les intéressés est nécessaire.

Souvent, sans doute, la nature d'une entreprise détermine seule à entrer dans la société formée pour son exploitation; quelquefois les statuts sociaux restreignent tellement les pouvoirs du gérant, que sa capacité et sa moralité sont presque indifférentes; cependant, il n'est jamais possible d'affirmer qu'un associé eût consenti à confier ses capitaux à un administrateur, autre que celui que nomme l'acte constitutif. Partant, on ne peut le contraindre à rester dans l'association, lorsque l'administrateur de son choix, ou si l'on veut, de son goût, est décédé. L'associé qui résiste ainsi à la volonté du plus grand nombre, n'a pas besoin d'indiquer les motifs de sa répugnance pour tel ou tel administrateur proposé par la majorité. Des renseignemens qu'il ne croit pas devoir communiquer, des soupçons même légèrement conçus

l'éloignent de la nouvelle combinaison qui lui est offerte; il n'en doit compte à personne. Sa volonté, en un mot, est aussi libre que le jour où s'est faite la première convention.

Cette solution a des inconvéniens, je le sais; elle aura quelquefois pour résultat de sacrifier à l'aveugle et opiniâtre résistance d'un ou de plusieurs associés l'intérêt du plus grand nombre; même en certains cas elle favorisera des combinaisons frauduleuses. Mais croit-on que la doctrine opposée n'aurait pas aussi de funestes conséquences? Souvent elle donnerait à des majorités réelles ou factices le moyen d'opprimer la minorité. Entre des dangers à-peu-près égaux, il n'y a point de raisons pour faire fléchir les principes; on ne peut que former des vœux, pour que la législation reçoive les perfectionnemens, dont cette discussion révèle la nécessité.

Au demeurant, ce qui est dit de la mort de l'administrateur est applicable à tous les cas où, par un évènement quelconque, il est exclu ou se retire de la société.

436. Lorsque la société continue entre les survivans, la liquidation des droits des héritiers du défunt se fait, eu égard à la situation lors du décès; elle n'embrasse les droits ultérieurs qu'autant qu'ils sont une suite nécessaire de ce qui s'est fait avant la mort de l'associé. (1)

Pour participer à des opérations postérieures au moment où la société s'est dissoute, les héri-

(1) Cod. civ., art. 1868.

tiers devront évidemment concourir aux dépenses ou aux charges inhérentes à ces mêmes opérations.

437. Nonobstant la dissolution de la société, les héritiers du défunt doivent pourvoir à ce qu'exigent les circonstances pour l'intérêt commun. Ils seraient responsables des pertes qu'aurait causées la brusque interruption des affaires commencées par leur auteur. Celui-ci avait, relativement à ses co-associés, à-peu-près le caractère d'un mandataire; par cette raison, ses héritiers sont tenus à donner les soins et à prendre les mesures provisoires que réclame l'état des affaires sociales. (1)

438. C'est encore d'après les règles relatives au mandat, qu'il faut apprécier les actes qu'a faits un associé, dans l'ignorance de la mort de son co-associé; ils sont obligatoires pour les héritiers de celui-ci, comme si la société n'avait pas été dissoute par la mort. On sait, en effet, que si le mandataire ignore la mort du mandant, ce qu'il a fait dans cette ignorance est valide. (2)

439. La clause qui fait continuer la société après le décès de l'un de ses membres, entre les survivans et les héritiers du défunt, étant une dérogation au droit commun, ne doit pas être facilement étendue.

Ainsi, lorsqu'on aura dit que la société ne sera pas dissoute par la mort d'un associé; elle le sera

---

(1) Argument de l'art. 2010 Cod. civ. L. 40, ff. *pro socio.*

(2) Cod. civ., art. 2008. L. 65. ff. *pro socio*, § 10. Despeisses, tit. III, sect. III, § 5, n° 4; M. Delvincourt, tome III, note, page 234.

par son interdiction, ou par sa déconfiture; elle le sera aussi par la mort de son héritier, qui l'aura remplacé.

Lorsqu'on aura stipulé que la société continuera, malgré le décès de l'un des associés expressément désigné; elle cessera par le décès d'un autre.

440. Au surplus, l'expression *héritiers* doit s'entendre aussi bien des héritiers testamentaires que des héritiers *ab intestat*, des héritiers légitimes que des successeurs irréguliers, comme l'enfant naturel et le conjoint. On n'aperçoit pas de motif pour établir une distinction entre les diverses classes d'héritiers.

441. Selon M. Duranton, la société continuerait, quand même les héritiers ou l'un d'eux seraient mineurs. Cette opinion doit-elle être suivie? J'ai peine à le croire. L'aliénation et l'administration des biens de mineurs sont assujéties à une foule de formalités gênantes et coûteuses : si l'on décide que la société continue; de deux choses l'une, ou les opérations sociales seront entravées par l'accomplissement des formes applicables à l'état de minorité, ou ces formes seront négligées, quoique des mineurs soient intéressés aux opérations. La loi ne permet pas d'adopter la seconde branche de cette alternative; et la première se présente avec de tels inconvéniens, qu'il est difficile de croire que les contractans aient eu l'intention de s'y soumettre.

Il est certain que si un héritier, déjà admis au lieu et place de son auteur, venait à être frappé

d'interdiction, la société serait dissoute. Elle ne doit donc pas continuer, si l'héritier est mineur, au moment du décès de l'associé. Il est tout naturel que l'état de minorité empêche d'établir des rapports, que l'état d'interdiction ferait cesser.

M. Duranton dit qu'ordinairement on stipule que l'un des héritiers seulement du décédé concourra à l'administration de la société, ou qu'aucun d'eux ne participera à l'administration, qui sera alors exclusivement réservée aux autres associés, ou à tels d'entre eux (1). C'est une sage précaution; car il y a toujours un grave inconvénient dans l'augmentation du nombre des volontés qui doivent diriger les affaires sociales.

442. La mort civile met aussi fin à la société.

Lorsque les parties se seront expliquées sur l'influence que la mort de l'une d'elles doit avoir sur la durée de la société, on appliquera la stipulation au cas, où cette partie sera frappée de mort civile. (2)

443. La société est dissoute par l'interdiction prononcée pour cause de démence, par l'interdiction qui est la suite de condamnations, par la nomination d'un conseil judiciaire, par la faillite ou la déconfiture de l'un des associés.

L'article 1865 n'énonce pas, d'une manière expresse, les deux espèces d'interdiction comme entraînant également la dissolution; mais l'état de

(1) Tome XVII, n° 473.

(2) M. Duranton, tome XVII, n° 472.

l'interdit étant le même dans l'une et dans l'autre, il est impossible de ne pas lui attribuer les mêmes effets sur la durée de la société. (1)

444. Le texte ne parle pas non plus de la nomination d'un conseil et de la faillite; mais ces faits apportent, soit à la capacité, soit à la position d'un associé, des modifications semblables à celles qui résultent de l'interdiction ou de la déconfiture: il est donc naturel de les considérer comme des dissolvans aussi actifs.

445. Suivant la loi commune à tous les contrats, si l'un des associés ne remplit pas ses engagemens, les autres ont le choix de le forcer à l'exécution, si elle est possible; ou de demander la résolution, avec ou sans dommages-intérêts, d'après les circonstances. (2)

Ce principe reçoit son application, soit qu'il y ait pour l'associé obligation de donner, soit qu'il y ait obligation de faire.

446. En effet, on a vu que le défaut de délivrance des choses qui composent l'apport d'un associé, entraîne la dissolution de la société. (3)

Également, et quel que soit le motif qui empêche un des associés d'exécuter l'obligation de faire qui lui est imposé, ou par le droit commun ou par des stipulations spéciales, l'inexécution est une cause inévitable de dissolution; l'obstacle fût-il un

(1) Cod. pén., art. 29.
(2) Cod. civ., art. 1184.
(3) V. *suprà*, n° 421 et suiv.

événement de force majeure (1). La société qui ne reçoit pas de l'un de ses membres les services, les soins, les travaux qu'il lui a promis, ne doit pas rester engagée envers lui. Aussi, l'article 1871 comprend-il dans la même catégorie l'associé *qui manque à ses engagemens*, et celui *qu'une infirmité habituelle rend inhabile aux affaires de la société.*

447. Il y a, toutefois, cette différence que l'infraction volontaire, ou celle qui, quoique involontaire, peut être imputée à l'associé, donne ouverture à une action en dommages-intérêts contre lui; tandis que l'inexécution causée par des faits de force majeure autorise seulement à demander la résolution.

On peut citer comme exemple d'une infraction involontaire, et qui cependant soumet celui à qui elle est reprochée à indemniser ses co-associés du préjudice que leur cause la dissolution, le cas, où un associé a commis un délit, par suite duquel il est condamné à un long emprisonnement qui lui ôte le pouvoir de s'occuper des affaires communes.

448. Lorsque ce n'est pas précisément en considération du travail personnel d'un associé que la société a été formée, il peut, quoiqu'il soit empêché même par sa faute de fournir son industrie, repousser la demande en dissolution; en offrant de se faire remplacer par une personne

(1) M. Toullier, tome VII, n° 462.

ayant l'aptitude convenable. Dans ce cas, il ne manque pas à ses engagemens, car il n'a pas promis de travailler lui-même. (1)

449. On a déjà vu que l'associé qui remplit ses engagemens, a le choix de demander contre celui qui y manque, l'exécution forcée, si elle est possible, ou la dissolution. Il peut aussi, l'exécution forcée étant impossible, laisser subsister la société en demandant des dommages-intérêts, si l'infraction est volontaire.

Un arrêt de la Cour de Lyon semble dire, au contraire, que le refus d'un associé de remplir ses obligations dissout nécessairement la société, sauf les dommages-intérêts à prononcer contre lui ; que c'est la conséquence du principe posé dans l'art. 1142 portant : que toute obligation de faire se résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur. (2)

Cette décision donne évidemment à l'art. 1142 un sens absolu qu'il n'a pas ; elle convertit en obligation ce qui est seulement une faculté pour le créancier ; elle fait résulter une sorte de droit pour le débiteur, de son infraction à la loi du contrat.

Si les associés pensent que la cessation de la société leur causerait un préjudice tel, que les dommages-intérêts prononcés contre leur co-associé ne les indemniseraient jamais complètement ;

---

(1) *Voy.* Pothier, nº 142.

(2) Arrêt du 18 mai 1823; Sirey, 24. 2. 221; Dalloz, vº *Société*, page 121.

ils sont les maîtres de renoncer à leur droit; ils sont bien libres de consentir à la continuation de la société, en demandant seulement la réparation de la perte que leur cause le défaut de concours.

Tous les jours, les tribunaux prononcent contre celui qui refuse de faire ce qui est ordonné par eux, des condamnations au paiement d'une somme par chaque jour de retard; ils pourront également décider que l'associé, qui ne veut pas accomplir ses obligations, devra les exécuter, et que faute par lui de le faire, pour le punir de son inaction et dédommager la société, il paiera chaque jour une somme déterminée.

450. « La confiance personnelle, a dit M. Treilhard, est la base du contrat de société » (1). Si donc la conduite d'un associé est telle que cette confiance ne puisse plus exister dans l'esprit de ses co-associés; si, par exemple, il commet des fautes multipliées; à plus forte raison, s'il se rend coupable de malversations, on a droit de demander contre lui la dissolution. Il avait virtuellement promis d'être habile et honnête; il manque à son obligation, ses co-associés sont dégagés.

Ce n'est pas même seulement d'après leurs relations entre eux qu'il convient d'apprécier la moralité des associés; des actes étrangers aux affaires sociales, qui seraient de nature à enlever à l'un d'eux la considération dont il jouissait au moment de la formation de la société, pourraient justifier une demande en dissolution. Qui voudrait condamner

(1) M. Locré, tome XIV, n° 524.

des hommes d'honneur au supplice d'un contact perpétuel avec un homme justement flétri par des condamnations judiciaires, ou par l'opinion publique! La gravité des faits, la nature et la fréquence des rapports qu'exige le caractère particulier de la société, seront pesés par les magistrats et s'ils jugent que le lien social est devenu insupportable par la faute de l'un de ceux qui l'ont formé, ils le rompront. (1)

451. L'associé qu'un évènement imprévu et plus puissant que sa volonté empêche d'exécuter ses engagemens, ne peut, on l'a déjà vu, s'opposer à la dissolution; seulement il échappe aux dommages-intérêts. Mais, si ses co-associés ne demandent pas la dissolution, si reconnaissant sa bonne foi, son desir d'accomplir son devoir, et l'impossibilité à laquelle il est réduit, ils consentent que la société soit maintenue, sera-t-il recevable à s'y opposer? Oui, lorsqu'il y aura pour lui quelque inconvénient à ce que la société continue sans lui. Ainsi, une infirmité qui l'empêcherait de concourir à l'administration et d'exercer sa surveillance sur les opérations de ses associés, justifierait la résistance qu'il opposerait à la continuation. La loi 16, ff. *pro socio*, prévoit aussi un cas, où l'associé puise, dans le fait même qui l'empêche d'exécuter ses engagemens, le droit de faire dissoudre la société. « *Si socius renuntiaverit societati, qui reipublicæ causâ diù et invitus sit afuturus, quamvis non nunquam ei objici possit: quia potuit et per*

(1) *Voy.* Sirey, 24. 2. 34.

alium societatem administrare; vel socio committere : sed hoc non aliàs, nisi valdè sit idoneus socius, aut facilis a futuro etiam per alium societatis administratio. (1)

452. La société, dont la durée n'est pas fixée, est censée contractée pour toute la vie des associés (Cod. civ. art. 1844). Cependant il est sous-entendu que chacun des associés pourra s'en départir. Cette faculté leur est réservée, parce que, disent les anciens auteurs, de la communion ou société naissent souvent des querelles et des procès. (2)

Mais lorsque le terme est fixé, il est impossible que la volonté d'un seul associé opère la dissolution. La convention de rester en société pendant un temps déterminé est formelle; elle implique contradiction avec la pensée que chacun a entendu rester maître de hâter l'époque à laquelle la société doit finir. (3)

453. A mon avis, peu importe le moyen par lequel le terme est fixé, pourvu qu'il le soit. Ainsi, la renonciation d'un associé ne mettra fin à la société, ni lorsque le temps de sa durée sera expressément et directement réglé par le contrat, ni lorsque, la société étant formée pour une affaire déterminée, le terme se trouvera ainsi clairement indiqué, quoique d'une manière implicite et indirecte.

Pothier est d'une opinion opposée; ou plutôt il

---

(1) Pothier, n° 152; M. Delvincourt, tome III, notes, page 235.

(2) Cod. civ., art. 1869; Pothier, n° 149.

(3) Cod. civ., art. 1871; Pothier, n° 152. L. 65, § 6, ff. *pro socio.*

n'examine point la question; seulement il reproduit la loi 65, § 4, ff. *pro socio*, qui, en effet, autorise un associé à renoncer à la société, lorsqu'elle a pour objet une acquisition déterminée, par cela seul que cette acquisition lui déplaît, *quia emptio displicebat*.

Le texte du Code civil laisse du doute; un article autorise la solution, que l'autre repousse.

L'article 1869 dit, que la dissolution de la société par la volonté de l'une des parties ne s'applique qu'aux sociétés, dont la durée est *illimitée*.

Cette expression peut être invoquée en faveur de mon opinion; car la durée d'une société n'est pas illimitée, lorsque la nature des opérations la limite.

Mais l'article 1871 présente la même idée, sous une forme différente; il porte, que la dissolution des sociétés *à terme* ne peut être demandée par l'un des associés avant *le terme convenu*. Ces derniers mots semblent n'établir la prohibition de renoncer à la société, que lorsque la convention a fixé expressément le terme; et par conséquent, peuvent être considérés comme autorisant, dans tous les autres cas, la renonciation volontaire.

Par une sorte de fatalité, le discours de M. T[illegible]bard, au Corps législatif présente aussi un [illegible] ambigu. (1)

« Le contrat, y est-il dit, étant formé par le [illegible]sentement, peut se résoudre sans contredi[t par] une volonté contraire.

« Le contrat peut avoir pour objet une

(1) M. Locré, tome XIV, page 525.

déterminée; la société expire donc naturellement lorsque l'affaire est finie.

« Le contrat peut être formé pour un temps limité; la société cesse donc d'exister à l'expiration du terme convenu. »

Après avoir ainsi indiqué le moment, où les deux espèces de sociétés finissent, l'orateur ajoute:

« Elle (la société) ne doit pas finir plus tôt, à moins, toutefois, que l'un des associés n'eût un juste motif d'en provoquer le terme. »

Cela est-il dit seulement de la société dont le terme est *convenu*, ou bien, cela s'applique-t-il aussi à celle qui est formée pour une entreprise déterminée?

Il est difficile de répondre avec certitude.

Mais si le texte et l'exposé des motifs laissent des doutes sur la question, la doctrine les lève.

Pourquoi permet-on aux membres d'une société, dont rien ne limite la durée, d'y renoncer? C'est parce que l'engagement qu'ils ont contracté n'a rien de contraire à cette faculté. Ils ont stipulé qu'ils seraient en société; ils n'ont pas dit pour quel temps; chacun est libre de déclarer qu'il ne veut plus être associé.

Lorsque, au contraire, le terme a été fixé par la convention, la volonté d'un seul ne peut avoir la puissance de briser le lien qu'a formé la volonté de tous.

Par la même raison, ceux qui ont consenti à faire ensemble une entreprise déterminée, sont obligés à exécuter leur engagement, c'est-à-dire, à terminer l'entreprise. Permettre à l'un d'entre

eux de se retirer, ce serait, contrairement à la l
qui régit tous les contrats (1), décider qu'une con
vention légalement formée n'est pas une loi pou
ceux qui l'ont faite, et qu'elle peut être révoqué
autrement que par le consentement mutuel d
parties.

Je crois donc qu'une société n'a point une du
rée illimitée, dans le sens de l'article 1869, no
seulement lorsque son terme est fixé, mais aussi lo
qu'elle est faite pour une entreprise déterminé

Voici l'exemple donné par Pothier : « Si deu
libraires, dit-il, se sont associés pour acheter en
semble une bibliothèque, sur laquelle il y avait d
profit à faire, et qu'avant qu'elle eût été acheté
pour le compte de la société, l'un des associé
afin de l'acheter pour son compte particulier
d'avoir seul le bénéfice, eût notifié à l'autre q
n'entendait plus être de société avec lui, cette
nonciation à la société est de mauvaise foi, et
désoblige pas celui qui l'a faite envers son ass
qui peut lui demander sa part du bénéfice.
si cet associé n'a renoncé à la société que
qu'il était dégoûté du marché pour lequel i
taient associés, sa renonciation est de bonne
valable, la chose étant encore entière : en
l'autre associé ne peut prétendre contre lui
dommages-intérêts. » (2)

L'iniquité de cette décision est évidente
cond libraire aura préparé ses fonds, il au

---

(1) Cod. civ, art. 1134.
(2) N° 150.

e faire une autre opération lucrative; cependant il n'aura pas un capital suffisant pour acheter seul la bibliothèque dont l'acquisition devait être faite en commun; et il faudra qu'il se soumette, sans se plaindre, au changement de volonté de son associé; qu'il souffre un dommage, et qu'il ne puisse en demander la réparation à celui qui le lui cause, en refusant d'exécuter l'obligation de faire qu'il avait contractée! Cela n'est ni juste ni juridique.

M. Duranton prétend (1) que, « restreindre le mode de dissolution par la seule volonté d'une partie, aux sociétés qui ne seraient ni à terme fixe, ni pour une affaire limitée par sa nature, ce serait vouloir que ce mode de dissolution ne fût applicable, pour ainsi dire, qu'aux sociétés universelles que nous connaissons plutôt dans le Code civil que dans la pratique; car, la plupart des autres sociétés qui ne sont point contractées à temps, le sont pour une entreprise, pour une affaire limitée. »

C'est là une erreur de fait. Tous les jours, on forme des sociétés qui ne sont point universelles, et qui cependant n'ont point pour objet une affaire déterminée. Certainement les opérations, en vue desquelles on s'associe sont désignées; mais dire que tel négoce sera l'objet de la société, et stipuler que la société est formée pour telle affaire spéciale, sont des choses essentiellement différentes. Ainsi, ceux qui s'associent pour faire le commerce

(1) Tome XVII, n° 476.

des vins, ou le commerce des draps, ne forment pas une société pour une affaire déterminée, comme ceux qui s'associent pour acheter la cargaison d'un navire.

454. Alors même que la nature de la société permet à l'un des associés d'y renoncer, la renonciation n'est cependant admise qu'à la double condition, d'être de bonne foi, et de n'être pas faite à contre-temps.

455. « La renonciation n'est pas de bonne foi, dit Pothier (1), et après lui l'article 1870, Cod. civ., lorsque l'associé renonce pour s'approprier à lui seul, le profit que les associés s'étaient proposé de retirer en commun. »

456. Elle est faite à contre-temps, lorsque les choses ne sont plus entières et qu'il importe à la société que sa dissolution soit différée. Ici encore le texte du Code civil reproduit littéralement un passage de Pothier. (2)

« Observez, ajoute celui-ci (3), que pour juger si une renonciation est faite à contre-temps, c'est l'intérêt commun de la société qu'il faut considérer et non l'intérêt particulier de celui qui s'oppose à cette renonciation, à moins qu'il n'y eût quelque convention par le contrat de société qui s'opposât à la renonciation. »

457. L'associé qui veut faire cesser la société doit le notifier à tous ses co-associés.

---

(1) N° 150.
(2) N° 151.
(3) *Loc. cit.*

458. Si la notification n'est pas faite à tous, opère-t-elle la dissolution ?

Pour répondre convenablement à la question, il faut savoir entre quelles personnes elle s'agite.

Elle peut s'élever entre le renonçant et ceux à qui il n'a pas notifié la renonciation ; entre le renonçant et ceux à qui la notification a été faite ; et enfin, entre ceux qui ont reçu la notification et ceux qui ne l'ont point reçue.

D'ailleurs, dans chacune de ces hypothèses, il est essentiel d'examiner quel est celui qui demande que la société soit dissoute.

Il est évident, d'abord, que la dissolution ne peut être prononcée au profit du renonçant, contre celui à qui la renonciation n'a pas été notifiée.

Mais ce dernier a le droit de se tenir la notification pour faite et de conclure à la dissolution.

« En effet, dit M. Delvincourt, un des principes généraux du droit est que nul ne peut tirer avantage d'une faute qu'il a commise pour se donner un droit qu'il n'aurait pas eu sans cette faute. Il résulte de là que le droit de demander la continuation de la société est personnel et de pure faculté pour celui auquel la renonciation n'a pas été notifiée, et que, s'il ne veut pas l'exercer, la continuation ne peut être demandée par le renonçant qui a omis de notifier. . . . . . .

. . . .

S'il y a bénéfice, la société continuera, parce que, alors, l'associé auquel on n'a pas notifié a intérêt

de demander et demandera la continuation. Par la raison contraire, s'il y a perte, il a intérêt à ne pas demander la continuation; il ne la demandera donc pas; et comme elle ne peut être demandée par d'autres que par lui, il s'ensuivra que la société sera dissoute du jour de la notification de la renonciation. » (1)

Il faut décider de la même manière, bien que le débat s'élève entre le renonçant et ceux qui ont reçu la notification.

Le renonçant a toujours à se reprocher de n'avoir pas notifié sa volonté à tous; par conséquent, il est non recevable à demander la dissolution.

Mais ses associés lui diraient avec raison : nous avons reçu la notification; nous pourrions la critiquer, car vous avez omis de la faire à un ou plusieurs de nous. Nous ne voulons pas user de notre droit; nous considérons la notification comme bonne, et nous entendons qu'elle dissolve la société.

Enfin, si le renonçant est en dehors de la contestation; si c'est entre ceux qui ont reçu et ceux qui n'ont pas reçu la notification, que s'agite la difficulté; ni les uns ni les autres ne pourront, contre leur volonté respective, obtenir la dissolution.

Cela est évident pour ceux qui n'ont pas reçu la notification. Comment leur faire subir la cessation de la société, lorsque la connaissance de la

(1) M. Delvincourt, tome III, notes page 135. T. 17 ff. pro socio.

renonciation ne leur est point parvenue, de la part du renonçant lui-même? (1)

Quant aux autres, ils ne doivent pas être laissés à la merci de leurs co-associés. Il serait injuste que le défaut de notification qui n'est point leur fait eût cette conséquence, qu'on pût prononcer contre eux tantôt la dissolution, tantôt la continuation, au gré de leurs adversaires. Par la raison qu'ils ne peuvent empêcher la société de continuer, il faut qu'elle ne puisse être dissoute malgré eux. (2)

459. Toutes ces solutions sont applicables aux cas, où l'un des associés aurait notifié une renonciation, à contre-temps, ou par un acte nul en la forme. La renonciation, quel que soit le vice qu'on puisse lui reprocher, soit de ne pas être faite à tous, soit d'être faite à contre-temps, soit d'être irrégulière, la renonciation, suivant l'expression de Cassius, ne libère point l'associé de qui elle émane, envers ses associés; mais elle libère ses associés envers lui. *A se quidem liberare suos socios; se autem ab illis non liberare.* (3)

460. M. Duranton, se fondant sur les Institutes, titre de la société § 4, pense que, si la renonciation d'un associé a été faite de mauvaise foi, et dans la vue de s'approprier des bénéfices qui devaient être communs, il y a seulement lieu à obliger cet associé à mettre à la masse partageable le

(1) M. Delvincourt, *loc. cit.*
(2) M. Duranton, tome XVII, n° 477.
(3) L. 65, § 3, *pro socio*.

profit qu'il a fait; mais qu'à tous autres égards, la société n'est pas moins dissoute depuis la notification de sa renonciation à tous les associés; ensorte que si, depuis cette époque, ceux-ci ont fait des pertes, ils ne peuvent pas obliger le renonçant à en supporter sa part; comme, de son côté, il ne pourrait pas demander sa part dans les bénéfices qui auraient été faits depuis la dissolution. »

Le texte des Institutes est en effet favorable à cette opinion, que confirme la loi 65, § 3, ff. *pro socio, in fine.*

J'ai peine cependant à concilier une pareille doctrine avec la règle si bien formulée précédemment par la même loi, savoir : que la renonciation sujette à critique, et notamment la renonciation de mauvaise foi (1) ne libère pas celui qui l'a faite, mais libère ses associés. En l'appliquant, on devrait décider que les associés peuvent, à leur gré, dissoudre ou continuer la société; et qu'une fois leur volonté fixée, ou tous les rapports cessent du jour de la renonciation, ou bien la société continue. Ce n'est pas là ce que dit le paragraphe des Institutes; il déclare la société dissoute par l'effet de la renonciation; seulement il ne permet pas au renonçant de s'approprier les bénéfices dont il avait cherché à s'emparer. (2)

(1) La loi parle d'un associé qui renonce à une société universelle pour empêcher qu'une hérédité qui lui échéoit n'y tombe.

(2) Vinnius semble voir une harmonie parfaite, là où j'aperçois quelque chose de contradictoire. V. *ad. Inst. lib. III, tit. XXVI,* § 4.

Je crois que ce dernier système ne doit pas l'emporter sur celui que je viens d'indiquer.

461. Quelques-uns des faits qui opèrent la dissolution sont tellement notoires, comme la mort, l'interdiction d'un associé, que leur preuve ne peut jamais donner lieu à aucune difficulté.

Lorsque la dissolution est l'effet de la volonté des parties, il n'y a point la même notoriété; ce sont les règles relatives à la preuve des conventions qui alors doivent être appliquées. Ainsi, la Cour royale de Bordeaux a jugé que la preuve de la dissolution d'une société ne peut être faite par témoins, ni à l'aide de présomptions. (1)

Ceci, toutefois, ne doit pas s'entendre d'une manière trop absolue.

On a vu que, dans certaines circonstances, la constitution (2), ou la prorogation (3) d'une société est établie autrement que par une preuve écrite, directe. Il en doit être de même de la dissolution. (4)

D'ailleurs, quoique la société soit dissoute entre les associés et qu'une preuve régulière et légale soit produite par eux; relativement aux tiers, la société pourra être considérée comme existant encore, lorsque la conduite des associés aura em-

(1) Arrêt du 25 novembre 1827; Sirey, 28. 2. 77; Dalloz, 28. 2. 193.

(2) V. *suprà*, n° 78, 80 et suiv.

(3) V. *suprà*, n° 417.

(4) Arrêt de la Cour de cassation, du 10 janvier 1831; Sirey, 32. 1. 297.

pêché le public d'avoir connaissance de la dissolution. (1)

SECTION II.

De la liquidation et du partage de la société.

SOMMAIRE.

462. *Après la dissolution de la société, les associés sont en état de communauté.*
463. *Règles relatives au partage de la société. Renvoi aux règles relatives au partage des successions. Toutefois il n'y a pas assimilation complète.*
464. *Liquidation de la société.*
465. *Mission des liquidateurs.*
466. *Exécution envers les tiers, des engagemens qui se prolongent au-delà de la dissolution de la société.*
467. *Règlement des comptes entre les associés.*
468. *Prélèvemens qu'ont droit de faire les associés.*
469. *Mode de prélèvement.*
470. *Suite.*
471. *Choses qui doivent être comprises dans le partage.*
472. *Règlement des parts.*
473. *L'article* 815, *Cod. civ., n'est point applicable aux partages entre associés.*
474. *L'article* 841 *ne l'est pas non plus.*
475. *Il faut en dire autant de l'article* 882.
476. *L'effet du partage entre héritiers, tel qu'il est déterminé par l'article* 883, *est aussi celui du partage entre associés.*

---

(1) Argument d'un arrêt de la Cour de cassation, du 28 mai 1828; Dalloz, 28. 1. 349; Sirey-Devilleneuve, 28. 1. 386; M. Pardessus, tome IV, n° 1088.

77. Cette doctrine n'est point en contradiction avec celle qui considère la société comme une personne civile, propriétaire pendant son existence, de tous les biens qui composent l'actif social.

78. Mais le partage entre associés rétroagit seulement au jour où la société s'est dissoute; et non au jour où elle s'est formée. Opinion contraire de MM. Duranton, Delvincourt et Troplong.

79. Compétence en matière de partage entre associés.

462. Après la dissolution de la société, les associés se trouvent placés en état de communauté (1); par conséquent le partage est pour chacun d'eux un droit et une nécessité.

463. Le législateur détermine les règles relatives à ce partage, à ses formes, et aux obligations qui en dérivent pour les associés, par un simple renvoi aux règles concernant le partage des successions.

On se tromperait, si l'on considérait l'assimilation comme entière et complète. Le fait qui a précédé l'état d'indivision où sont les ex-associés, exerce sur leurs rapports une certaine influence; et oblige à s'écarter, dans quelques occasions, des dispositions qui régissent l'indivision entre co-héritiers.

Dans le droit romain, cette différence était clairement marquée, puisque ce n'était point l'action

---

(1) Arrêt de la Cour de cassation, du 17 août 1836; Dalloz, 38. 1. 91; Sirey-Devilleneuve, 36. 1. 834. A la fin de la société, dit cet arrêt, les immeubles qui lui appartenaient deviennent, sauf toutes stipulations contraires, la propriété indivise et commune des anciens sociétaires. *Voy.* Pothier, de la Société, n° 161.

familiæ erciscundæ, ni l'action *communi dividundo*; mais bien l'action spéciale *pro socio* qui était donnée aux associés (1).

464. Avant de procéder au partage proprement dit, c'est-à-dire, à la division des choses communes entre tous les associés, il faut faire la liquidation de la société.

Cette opération consiste à terminer les affaires commencées, à payer les dettes sociales, à recouvrer les créances (2), et à former, en un mot, la masse sur laquelle chacun est appelé à prendre sa part.

(1) Il faut reconnaître toutefois, que d'après quelques textes, l'action *communi dividundo* était donnée pour le partage des choses communes même entre associés, et que l'action *pro socio* avait plus particulièrement pour objet les prestations personnelles que les associés se doivent réciproquement.

Nihil autem interest cum societate an sine societate res inter aliquos communis sit: nam utroque casu locus est communi dividundo judicio. Cùm societate res communis est, veluti inter eos qui eamdem rem emerunt; sine societate communis est, veluti inter eos quibus eadem res testamento legata est. [illegible] *ideò necessarium fuit, quòd pro socio actio magis ad personales inter eos præstationes pertinet, quàm ad communium rerum divisionem.* [illegible]

Les Institutes, lib. III, tit. XXVIII, *de oblig. quæ quasi ex contractu*, semblent supposer que, pour qu'il y ait lieu à l'action *communi dividundo*, il faut qu'il n'y ait point société. *Si inter aliquos communis res sit sinè societate.* Voy. Godef. *ad leg.* 1. ff. *communi dividundo*.

Pothier dit que les ci-devant associés ont chacun, l'action *pro socio*, ou l'action *communi dividundo* à leur choix.

(2) Certainement rien n'empêche les associés de partager
ture les dettes actives et passives, comme cela se pratique q
fois entre co-héritiers; mais le plus souvent, le paiement d
est dû par la société et le recouvrement de ce dont elle e
cière, sont des opérations de la liquidation. Pothier, n°s 17

Il n'est point de sociétés, dit M. Pardessus, dont les affaires soient réglées avec assez d'exactitude, et tellement *à jour*, que dès l'instant de la dissolution, tout ce qui lui est dû, tout ce qu'elle doit soient déterminés d'une manière précise, et qu'il n'y ait ni contestations à essuyer, ni vérifications à faire, ni comptes à arrêter. Il faut donc faire une *liquidation*, expression sur le sens de laquelle on ne s'est jamais mépris dans le commerce (1).

665. La liquidation est nécessairement plus compliquée et plus longue dans les sociétés commerciales que dans les sociétés civiles; et aussi, presque toujours, elle est confiée pour les premières à un ou plusieurs liquidateurs, tandis que pour les secondes, elle se fait ordinairement par les soins de tous les associés agissant conjointement.

Il est rare que les pouvoirs des liquidateurs ne soient pas déterminés par l'acte qui les nomme; au surplus, en examinant le but qu'ils sont chargés d'atteindre, il est difficile de se méprendre sur la mission qui leur est confiée. Il ne s'agit pas pour eux, comme pour les administrateurs de la société, de procurer des bénéfices en faisant de bonnes opérations; c'est à terminer celles qui sont commencées qu'ils doivent s'attacher; et l'on peut dire en général que tous les actes propres à atteindre ce but n'excèdent pas les bornes de leur capacité (a). Il

(1) Tome IV, n° 1075.

(a) Ces actes sont énumérés avec détail par M. Pardessus, t. IV, n° 1075.

ne faut pas, au surplus, que le desir de finir ce qui est entamé les préoccupe trop vivement; si une brusque conclusion est de nature à nuire à la communauté, non seulement les liquidateurs peuvent, mais ils doivent continuer les opérations.

466. Quelquefois même il n'y a pas d'hésitation possible. Lorsque la société a contracté envers des tiers des engagemens pour un certain temps, soit que les associés se partagent l'actif, soit qu'ils le laissent indivis, ils sont tenus d'accomplir les obligations qu'ils ont contractées. La dissolution de la société est un fait étranger aux tiers et qui ne peut modifier leur droit contre les associés.

Voici comment Domat s'exprime à ce sujet.

« Tout ce qui a été dit en divers endroits de ce titre sur la dissolution de la société, soit par la mort d'un associé, ou par la volonté des associés, et sur la manière dont les engagemens des associés ne passent point à leurs héritiers, ne doit pas s'entendre indistinctement des sociétés où des personnes tierces sont intéressées, comme sont les sociétés des fermiers, ou des entrepreneurs de quelque ouvrage. Car il faut distinguer dans ces sortes de sociétés, deux engagemens : l'un des associés entre eux, et l'autre de tous les associés envers la personne de qui ils prennent ou une ferme ou quelque chose à faire. Et comme ce dernier engagement passe aux héritiers des associés (1)

(1) *Voy.* cependant l'article 1795, Cod. civ.

est une suite que, se trouvant dans un engagement commun envers d'autres, ils soient liés entre eux. Et si cette liaison ne les rend pas associés, comme le sont ceux qui se sont choisis volontairement, elle a cet effet que, par exemple, l'héritier d'un fermier étant obligé aux conditions du bail envers celui qui a donné à ferme, et ayant aussi le droit d'exploiter ou de faire exploiter la ferme pour son intérêt, ce droit et cet engagement distinguent sa condition de celle des héritiers des autres sortes d'associés, en ce qu'il ne peut être exclu de la ferme, quand même l'exploitation n'en aurait pas été commencée avant la mort de l'associé à qui il succède. » (1)

467. Dans le cours des opérations sociales, et même après la dissolution de la société, chaque associé peut devenir créancier ou débiteur de la masse; le règlement des comptes particuliers de chacun doit précéder le partage. Pothier indique la marche, fort simple d'ailleurs, qu'il convient de suivre. « On doit, dit-il, comprendre dans le compte, non seulement ce que chaque partie devait à la société lors de sa dissolution; mais ce qu'elle a pu devoir à la communauté depuis la dissolution, soit parce qu'elle aurait retiré des fonds communs, soit pour raison du dommage qu'elle aurait causé par sa faute dans les effets de la communauté.

« Pareillement, on doit comprendre dans l'état

---

(1) Liv. I, tit. VIII, sect. VI, n° 6.

469. La manière d'exercer le prélèvement varie, en l'absence de convention expresse, suivant la nature des objets et les circonstances qui ont accompagné la mise en société. Je n'ai rien à ajouter à ce qui a été dit précédemment sur ce point, dans le § II de la section Ire du chapitre III. (1)

470. J'ai exposé, dans le même paragraphe, à quels signes on peut reconnaître si les choses mises en société ont été apportées en toute propriété ou seulement pour la jouissance; je dois aussi à cet égard renvoyer à mes précédentes explications. (2)

471. Dans la masse à partager, il ne faut pas comprendre seulement les objets matériels. Toutes les valeurs appréciables doivent y figurer, notamment les procédés de fabrication, les brevets, le droit au bail, la clientelle, l'enseigne, la dénomination sous laquelle était connu un établissement exploité par la société (3), etc., etc. Il n'est pas juste que l'un des associés profite, à l'exclusion des autres, des choses qui leur ont appartenu en commun. Il faut que toutes entrent dans les lots, ou qu'elles soient licitées, pour le prix en être distribué. L'égalité qui est l'âme de tout partage, appartient plus particulièrement encore à celui d'une société dont elle constitue la nature et l'essence. (4)

(1) Voy. n°s 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186 et 187.

(2) Voy. n°s 196 et suiv., jusques et y compris le n° 208.

(3) Arrêt de la Cour de Rouen, du 15 mars 1827; Sirey, 27. 2. 164; Dalloz, 28. 2. 153; Journal du Palais, t. 80, p. 128.

(4) Observations du Tribunat sur l'art. 1872. Voy. M. Locré, tome XIV, page 511.

472. Lorsque enfin la liquidation est terminée, que le compte de chaque associé est réglé, que les prélèvemens sont faits; le partage s'opère conformément à la convention qui règle les parts, ou, à défaut de convention, proportionnellement aux mises.

Du moins, cela se pratique ainsi, lorsque la société a eu toute la durée qui avait été fixée à son origine, et qu'aucun évènement inattendu n'a modifié les droits attribués à chacun. Mais si, par exemple, la société est dissoute, avant que l'industrie formant la mise de l'un des associés ait été exercée pendant tout le temps qui était entré dans les prévisions des parties et qui avait servi de base à leurs calculs; il faudra nécessairement réduire la part qui avait été fixée et la régler proportionnellement à la valeur de l'industrie qui aura été fournie (1).

473. J'ai déjà dit que les règles relatives au partage des successions ne s'appliquent point, sans quelques exceptions, au partage des sociétés. Et l'on a vu précédemment que l'art. 815, qui défend aux héritiers de stipuler que l'indivision durera plus de cinq ans, ne lie point les associés (2).

474. La disposition de l'art. 841 ne doit pas non plus être transportée du titre des successions au titre de la société.

---

(1) V. *suprà*, n° 209; Domat, liv. I, tit. VIII, sect. V, n° 14; M. Duranton, tome XVII, n° 468.

(2) V. *suprà*, n° 415.

On sait quels motifs ont fait accorder aux héritiers la faculté d'écarter du partage le cessionnaire d'un de leurs co-héritiers, en lui remboursant le prix de la cession.

« L'intérêt des familles a paru exiger qu'on n'admît point à pénétrer dans leurs secrets et qu'on n'associât point à leurs affaires des étrangers, que la cupidité ou peut-être même l'envie de nuire ont seules déterminés à devenir cessionnaires, et qui apporteraient presque toujours la dissension dans les familles et le trouble dans les partages. » (1)

Les mêmes raisons ne militent point en faveur des associés. Le lien qui les unit n'est ni aussi intime ni aussi saint, que celui qui existe entre proches parens. On doit donc moins craindre de le voir se rompre ou se relâcher.

D'ailleurs, après le partage, les associés deviennent étrangers les uns aux autres. Les parens, au contraire, restent unis par les mêmes rapports. Il est donc presque indifférent que quelque re sentiment survive à la distribution de l'actif social il importe beaucoup que les haines ne se perp tuent pas dans les familles.

Enfin, l'article 1861 permet à chaque asso de céder ses droits à un tiers. Il n'est pas sonnable de décider que ce tiers peut, au gré autres associés, perdre le fruit de la cessio serait indigne de la gravité du législateur de

(1) M. Toullier, tome IV, n° 435.

ainsi, par une disposition expresse, une faculté qu'une autre disposition rendrait illusoire. Ce serait, pour ainsi dire, retirer d'une main ce qu'il donnerait de l'autre. (1)

1675. La jurisprudence fournit encore un exemple de partage entre associés, affranchi des règles auxquelles sont soumis les partages entre co-héritiers. Un arrêt de la Cour de cassation, du 20 novembre 1834, a décidé que l'article 882 du Code civil, d'après lequel les créanciers ne peuvent attaquer un partage consommé, à moins qu'il n'y ait été procédé au préjudice d'une opposition par eux formée, n'est pas applicable en matière de société, et que les partages entre associés peuvent être attaqués pour fraude, par un créancier non opposant. (2)

Les observations de M. le conseiller rapporteur et les motifs de l'arrêt, font clairement ressortir de graves différences entre les deux espèces de partages, et justifient ainsi la décision.

« Si, y est-il dit, en matière de partage de suc-

(1) *Voy.* M. Duranton, tome XVII, n° 443. *Voy.* en sens contraire, M. Delvincourt, tome III, notes page 236, et M. Pardessus, tome IV, n° 1085. M. Duranton cite un arrêt rapporté par M. Dalloz, v° *Société*, page 83, sans indication de date, ni de la Cour qui l'a rendu, qui aurait jugé qu'on ne peut pas même stipuler le droit de retrait entre associés. M. Duranton blâme avec raison une pareille décision; il est certain en effet que sous l'empire du Code civil, nonobstant l'abolition du retrait de société prononcé par la loi du 13-18 juin 1790, est légale et valable la convention faite entre associés, que si l'un d'eux cède ses droits à un tiers, les autres pourront écarter le cessionnaire, en lui remboursant le prix de la cession.

(2) Sirey-Devilleneuve, 35. 1. 131. *Voy.* en sens contraire, un arrêt de la Cour de Paris, du 13 juin 1807, Sirey, 7. 2. 719.

cession, le législateur a voulu que le partage con
sommé sans opposition ne pût être attaqué, c'es
que, d'une part, l'ouverture d'une succession es
un fait notoire qui a mis le créancier de l'héritie
à même de veiller à la conservation de ses droits
et que, d'autre part, c'eût été porter le troubl
dans les familles que d'admettre l'action du créan
cier en nullité d'un partage, après qu'il aurait ét
consommé sans opposition de la part du créancie
Il n'en peut être de même du partage d'une so
ciété civile, dont l'existence a pu être ignorée de
tiers, et qui n'avait établi entre les associé
d'autres liens que ceux d'une communauté d'in
térêts, dont la durée était subordonnée à leur vo
lonté commune. Il résulte de là, que le partag
d'une société a dû, comme tout autre acte, êt
soumis à la disposition générale du § 1er de l'arti
1167 Cod. civ. »

Ces argumens sont décisifs; mais l'arrêt en p
sente surabondamment un autre qui me paraî
devoir pas être adopté. La Cour pense, qu'il ré
des termes dans lesquels l'article 1872 est co
qu'il n'est relatif qu'à la forme du partage e
droits des co-partageans entre eux.

Cet article exprime au contraire que tou
dispositions placées sous la rubrique d
tage au titre des successions, régissent
tage des sociétés. Il porte, en effet, que le
concernant le *partage* des successions, l
de ce partage et les *obligations* qui en
entre co-héritiers, s'appliquent aux pa
tre associés.

Certainement, ce n'est pas à réglementer la forme seulement qu'un pareil texte est destiné.

476. L'article 883, Code civil, dispose « que chaque co-héritier est censé avoir succédé seul, et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession. »

Les jurisconsultes expriment ces idées, en disant que le partage est *déclaratif* et non *translatif*. Aujourd'hui, le sens de cette formule est parfaitement compris, mais son origine n'est pas aussi bien connue. M. Championnière l'a recherchée et mise en lumière dans deux articles qu'a publiés la Revue de législation et de jurisprudence de M. Woloski (1). Je crois qu'il est difficile d'être historien plus érudit, jurisconsulte plus habile, et écrivain de meilleur goût. Cette belle dissertation montre que c'est dans les coutumes féodales, que le partage entre héritiers a puisé les caractères que nous lui connaissons; elle explique que c'est de l'exemption du droit dû au seigneur, qu'est née la règle qui nous régit; elle nous apprend pourquoi le partage entre associés ne fut point d'abord considéré comme étant de même nature, que le partage entre héritiers; enfin, elle détermine l'époque où fut établie l'assimilation qui n'est plus contestée. C'est à Dumoulin qu'elle fait, avec rai-

(1) Tome VII, page 405 et tome VIII, page 161.

son, remonter la doctrine qui accorde aux associés le même privilège qu'aux héritiers. (1)

Je ne renonce qu'avec peine à en reproduire ici quelques fragmens; mais je dois me borner à constater ce point, que le partage de l'actif social est comme le partage de l'hérédité, purement déclaratif; que chaque associé est censé avoir reçu seul et immédiatement tous les effets compris dans son lot, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la société. (2)

477. Cette doctrine s'harmonie-t-elle avec le système, qui considère la société comme une personne civile, propriétaire unique pendant son existence des biens mis en commun, et qui, pa conséquent, refuse aux associés la qualité et l droits de co-propriétaires indivis? On conçoit qu' acte soit réputé déclaratif, lorsqu'il attribu chacun une part d'une masse, dont tous éta propriétaires; mais n'est-il pas illogique de ra dans la même catégorie, l'acte qui trans une chose des mains de la personne civil avait la propriété, aux mains de chac membres de l'association? Cet acte n'es réellement translatif?

Sans doute, il y a transmission de la p des choses communes; mais cette tran n'est pas immédiate. Entre la dissolution ciété et la distribution des lots, l'état d

(1) § 33. Glos. 1, n° 70.

(2) *Voy.* aussi le Traité des droits d'enregistreme pionnière et Rigaud, tome III, n°s 2787 et suiv.

nauté, ainsi que je le disais au commencement de cette section, se place comme intermédiaire. Quand la société se dissout, la personne civile meurt, sa succession s'ouvre, les associés la recueillent. Il est donc tout naturel que le partage qui la leur distribue ait le caractère de celui qui fait cesser l'indivision entre co-héritiers.

478. Je n'aurais point insisté sur ces notions élémentaires, si je n'avais remarqué une grave inexactitude, dans la manière dont elles sont exposées par des auteurs recommandables.

Ainsi, M. Duranton professe que, « chacun des co-partageans est censé avoir eu seul la propriété exclusive des objets échus à son lot, ou à lui échus sur licitation, *à partir du moment où ils sont entrés dans la société, du moment où la co-propriété s'est formée* (1). C'est aussi le langage que tient Pothier (2). « Les choses échues en chaque lot, dit-il, sont censées avoir toujours seules composé la part qu'avait, en la communauté, celui au lot duquel elles sont échues. Il est censé avoir été seul propriétaire de ces choses, *depuis qu'elles ont été mises en la communauté, ou acquises pour le compte de la communauté.*

. . . .

. . . .

Par exemple, si, par le partage que nous faisons d'une communauté qui est composée d'héritages

(1) Tome XVII, page 480.

(2) De la Société, n° 179.

que nous y avons mis chacun, et d'autres que nous avons acquis pour le compte de la société, les héritages qui tombent dans mon lot sont ceux que j'y ai apportés par notre contrat de société, ils seront censés n'avoir jamais cessé de m'appartenir en entier. . . . .

. . . .

Si ce sont les héritages que vous avez mis en communauté qui échoient dans mon lot, ils sont censés avoir composé ma part dans la communauté, *dès le temps du contrat de société par lequel vous les y avez mis.* Je suis censé les avoir acquis de vous en entier *dès ce temps,* par le contrat de société, *dès l'instant de ce contrat* et non pas seulement par le partage. »

On trouve les mêmes idées dans le traité de la prescription de M. Troplong.

On y lit que « le partage effaçant le temps de l'indivision, produit un effet rétroactif à l'époque de l'ouverture de la succession, *de la mise en société,* de l'entrée en communauté. » (1)

Plus loin, le même auteur prend un exemple et raisonne en ces termes :

« Pierre met en société avec Martin l'immeuble B dont il sait n'être pas propriétaire. Pierre, considéré comme membre de la société, a imprégné la possession sociale d'un vice qui a exclu la bonne foi au profit de cette société. Mais le partage arrive et l'immeuble échéoit à Martin; suivons jusqu'au

(1) Tome II, N° 886.

bout les conséquences de ce fait. Martin est censé tenir la chose *immédiatement de Pierre. La société est effacée rétroactivement, l'indivision est censée n'avoir jamais existé.* C'est comme si *au moment de l'entrée en société,* Pierre avait vendu à Martin. » (1)

M. Delvincourt enseigne également que « chaque associé est censé avoir été propriétaire des objets tombés dans son lot, *du moment qu'ils ont été acquis à la société.* » (2)

Je ne conteste pas que le partage ne soit déclaratif, je reconnais aussi qu'il rétroagit ; j'entends très bien qu'il efface l'indivision, j'adhère à la proposition que chaque co-partageant est censé avoir été seul propriétaire des objets qui composent son lot, à l'exclusion de tous les autres.

Mais je dis que ce droit de propriété exclusive ne remonte pas au jour, *où la société s'est formée;* je soutiens qu'il n'a pris naissance qu'au moment, *où elle s'est dissoute;* j'avoue que le partage efface *l'indivision;* je nie qu'il supprime *la société.*

« Le système de l'indivision, dit très bien M. Championnière, est fictif (3) ». En effet, supposer que chaque communiste est propriétaire de tout et de chaque partie, c'est admettre évidemment une fiction; car plusieurs ne peuvent être, en même temps, propriétaires pour le tout d'une même chose.

---

(1) De la Prescription, tome II, n° 886, page 482.

(2) Tome III, notes, page 237.

(3) Dissertation déjà citée, page 411.

Le partage, en proclamant un seul et unique propriétaire, fait succéder la vérité à la fiction; et l'on conçoit très bien le sentiment qui a porté à considérer celle-ci comme n'ayant jamais existé, comme entièrement effacée.

Mais pendant la durée d'une association, les associés ne sont point réputés propriétaires, chacun, du tout et de chaque partie. La propriété réside dans l'être moral; s'il y a encore une fiction, ce n'est point celle qui fait coexister des droits incompatibles. Il n'y a donc pas de motif pour étendre à l'état de société les effets que le partage produit sur l'état d'indivision.

Les jurisconsultes qui confondent l'un avec l'autre, qui appliquent aux associés la règle propre aux communistes, sont obligés de reculer devant les conséquences de leur système. S'il était vrai comme ils le disent, que le droit attribué à chaqu co-partageant remontât au jour où la société commencé, que chaque co-partageant fût cen tenir les choses qui forment son lot, immédia ment de celui de ses co-associés qui les avait mi dans la masse; il faudrait décider que les char imposées par la société sont effacées par le tage. Or, précisément, il n'est pas un des aut que j'ai cités qui n'avoue et qui n'ait soin de que les charges créées pendant l'associatio cessent point d'affecter les différentes portio l'actif social, après leur distribution entre l sociés.

Comment n'ont-ils pas compris qu'en ainsi, ils prononçaient eux-mêmes la con

tion de leur doctrine sur la rétroactivité du partage au jour de la formation de la société?

Le système que je présente n'offre point de semblables contradictions; il est homogène et bien coordonné dans toutes ses parties; il est en harmonie parfaite avec les principes généraux de la matière; on peut enfin lui laisser librement porter tous ses fruits, et produire toutes ses conséquences.

Il se réduit à ces termes simples et clairs.

Quand la société se forme, une personne civile naît.

Chaque associé *transmet* les choses qui composent sa mise, à la personne ainsi constituée. Les rapports de vendeur à acheteur s'établissent entre eux.

Pendant toute la durée de l'association, la personne civile est *propriétaire* des choses qui forment l'actif social. Elle en jouit; elle les administre; elle les hypothèque ou les aliène, selon les circonstances.

Quand la société se dissout, ce qui était *actif social* devient *chose indivise*. Chaque *associé* se transforme en *communiste*. Les biens communs restent grevés des charges que la personne civile, propriétaire précédent, avait créées.

Enfin, le partage se fait, il attribue à chacun un lot; dans ce lot sont placés les objets qui ont successivement été *choses sociales* et *choses communes*. Ces objets restent grevés des charges établies, au temps où vivait la société; mais ils sont affranchis de celles qu'on avait créées au temps de la

communauté; attendu que le partage rétroagit seulement au jour, où la société dissoute a été remplacée par la communauté.

On se tromperait étrangement, si l'on croyait trouver dans les dispositions de la loi fiscale des argumens contre mon opinion.

Il est vrai que la régie de l'enregistrement ne perçoit de droit proportionnel, ni au moment où l'association acquiert les biens que lui confèrent ses membres, ni au moment où elle les leur rend. Mais ce n'est point parce que, dans ces deux circonstances, il n'y a point de mutation de propriété; c'est parce que le fisc se relâche de sa sévérité en faveur du contrat de société. Malgré la double transmission, la loi, à titre de protection et par forme d'encouragement, accorde une exemption de droit; ou plutôt substitue la clémence du droit fixe à la rigueur du droit proportionnel. (1)

---

(1) *Voy.* Traité des droits d'enregistrement par MM. Championnière et Rigaud, tome III, page 783. J'ai dit précédemment que si pendant la société, l'un des associés vend ou hypothèque un immeuble, la vente ou l'hypothèque est nulle; et que cependant si l'immeuble tombe dans son lot, la vente ou l'hypothèque produit son effet; cette solution n'a rien d'inconciliable avec les principes que je viens d'exposer. Durant la société, l'associé n'est propriétaire ni du tout ni d'une partie, par conséquent il a vendu ou aliéné la chose d'autrui; mais lorsque par l'effet du partage il devient propriétaire, il est censé l'avoir été du jour, où la société s'est dissoute; et dès ce moment la vente ou l'hypothèque frappe l'immeuble qu'elle ne pouvait atteindre jusque-là. Voy. *suprà*, note sur le n° 371. On comprend aussi que, si la vente avait été faite ou l'hypothèque consentie depuis la dissolution de la société, elle serait valable *ab initio*, au moyen du partage qui placerait l'immeuble dans le lot de celui qui aurait vendu ou hypothéqué.

479. Les auteurs et la jurisprudence s'accordent à reconnaître que l'art. 59, § 6 du Code de procédure qui règle la compétence en matière de partage de succession, est applicable aux actions à fin de liquidation et partage entre associés, et qu'ainsi elles doivent être portées devant le tribunal du lieu, où la société était établie.

M. Pigeau (1) pense même que les demandes en rescision de partage et en garantie des lots doivent être soumises au tribunal du lieu où la société a existé; parce qu'aux termes de l'art. 1872 Cod. civ., les règles concernant les obligations qui résultent du partage entre les co-héritiers s'appliquent aux partages entre associés.

M. Carré (2) professe la même opinion.

CHAPITRE V.

Application du droit civil aux sociétés de commerce.

SOMMAIRE.

480. *Le droit civil conserve son autorité sur les sociétés de commerce, tant que le droit spécial ne s'oppose pas à son application.*

---

(1) Tome I, p. 107.

(2) Tome I, p. 131; arrêt de la Cour de cassation, du 16 novembre 1815; Sirey, 18. 1. 82; arrêts de la Cour de Paris, du 13 février 1808; Sirey, 7. 2. 1203; de la Cour de Douai, du 18 juillet 1833; Sirey, 33. 2. 565; de la Cour d'Aix, du 13 novembre 1837; Sirey, 38. 2. 130.

481. *La nature des sociétés doit être appréciée d'après la nature de leurs opérations, et indépendamment de leur forme.*

482. *On peut placer les membres d'une société civile dans la position d'associés commanditaires.*

483. *Sauf toutefois une différence relativement aux tiers.*

484. *On ne peut stipuler que tous les membres d'une société ne seront tenus que jusqu'à concurrence de leur mise.*

485. *Une société civile ne devient point commerciale, par cela seul que le capital est divisé en actions au porteur, ou transmissibles par voie d'endossement.*

486. *Effets de ce mode de transmission.*

480. La société, comme tous les autres contrats, est soumise à des règles particulières, lorsqu'elle a pour objet des transactions commerciales. La combinaison de ces règles avec les dispositions du Code civil est indiquée dans l'article 1873, où il est dit que celles-ci ne s'appliquent aux sociétés de commerce, que dans les points qui n'ont rien de contraire aux lois et aux usages du commerce.

Ainsi, le droit commun conserve son autorité, tant que le droit spécial ne s'oppose point à son application.

Il n'entre pas dans mon plan de signaler toutes les circonstances, dans lesquelles les deux législations peuvent se trouver en conflit ; il suffit d'énoncer en termes généraux le point, où finit l'empire de la loi civile, et où commence celui de la loi commerciale.

481. Toutefois, et pour rendre l'explication complète, il convient de dire ce qui imprime aux sociétés le type commercial.

Evidemment c'est la nature de leurs opérations. On a pourtant soutenu dans ces derniers temps, que la forme qui leur était donnée avait de l'influence sur leur caractère; et que telle société, n'ayant pour objet que des actes purement civils, serait, à bon droit, tenue pour commerciale, si elle était organisée sur le plan d'une société en commandite, surtout d'une société en commandite par actions. D'autres ont pensé que les membres d'une société civile n'avaient pas le pouvoir d'adopter les formes et d'établir les rapports, qui sont usités dans les sociétés de commerce.

Ces deux opinions me paraissent également erronées.

482. D'abord, il est hors de doute, que toutes les clauses qui n'ont rien de contraire aux bonnes mœurs et aux textes positifs, qui, d'ailleurs, ne portent aucune atteinte aux choses qui sont de l'essence des sociétés, peuvent être valablement stipulées. Partant, il est permis de dire, que tel ou tel associé ne sera tenu, même envers les tiers, que jusqu'à concurrence de sa mise sociale; et lorsque les tiers auront eu connaissance de cette stipulation, l'associé, en faveur de qui elle aura été insérée, sera un véritable commanditaire.

483. Toutefois, il faut remarquer qu'entre une société civile ainsi organisée, et une société commerciale en commandite, il y aura toujours une différence notable.

Pour que l'associé civil profite de la clause qui limite sa responsabilité à sa mise, même envers les tiers, il devra établir, en fait, que les tiers ont eu

communication de la stipulation, ou du moins qu'ils en ont eu connaissance (1); l'associé commercial n'aura pas besoin de présenter cette preuve. Les tiers seront toujours censés avoir connu sa position dans la société, au moyen de la publicité donnée à l'acte constitutif par la voie que le Code de commerce indique.

Vainement, au surplus, on publierait une société civile, en la forme prescrite par les art. 42 et 43, du Cod. com.; afin de la rendre notoire à tous, et de faire produire effet aux dispositions qu'elle contient, même relativement aux tiers. La transcription de l'acte sur le registre tenu au greffe du tribunal de commerce, l'affiche dans la salle des audiences, et l'insertion dans les journaux n'ont pas pour résultat d'apporter en réalité à la connaissance de chacun les conventions des parties; la publicité qui naît de l'accomplissement de ces formalités est nécessairement limitée; et cependant la loi suppose qu'elle est générale et absolue. Cette fiction, comme toutes les fictions, doit être restreinte au cas pour lequel elle est établie; on ne doit pas l'appliquer aux sociétés civiles, puisqu'elle n'a été admise que pour les sociétés commerciales.

484. La clause qui, contrairement au droit commun, dispose qu'un associé ne sera obligé envers les créanciers de la société, que jusqu'à concurrence de son apport, est licite, sans doute; et

(1) Voy. suprà, n° 397.

je viens de le démontrer; mais elle ne peut pas être étendue à tous les membres d'une association. En d'autres termes, serait nulle la stipulation portant que *tous* les associés s'engagent seulement pour leurs mises, et qu'aucun d'eux ne sera tenu personnellement. Par là, on établirait une véritable société anonyme sans le concours de l'autorité publique (1); et l'on éluderait ainsi les dispositions légales qui exigent pour la constitution de semblables sociétés, l'autorisation du roi (2). Or, certainement, ces dispositions s'appliquent aux sociétés civiles aussi bien qu'aux sociétés de commerce; les considérations d'ordre public qui les ont inspirées sont entièrement indépendantes de la nature des opérations sociales.

485. Tout en reconnaissant qu'en général c'est l'objet de l'association qui lui imprime le caractère civil ou commercial, quelques jurisconsultes ont pensé que, si le capital social est divisé en actions au porteur, il n'y a plus lieu d'examiner la nature des opérations; que cette seule circonstance rend la société commerciale.

Cette opinion est irréfléchie. Elle ne supporte pas un examen attentif.

Le seul argument qu'on présente pour la soutenir consiste à dire, que l'appel des capitaux par la création d'actions au porteur est un acte de commerce; qu'en faire usage, c'est frap-

(1) *Voy.* art. 29, 30, 31, 32 et 33, Cod. comm.
(2) Art. 37, Cod. comm.

per du type commercial, les transactions, auxquelles doivent être consacrés les fonds, et par conséquent la société, qui a ses transactions pour objet.

Il y a deux réponses à ce raisonnement. D'abord, la représentation de parts d'intérêts par des titres appelés actions, la transmissibilité de ces titres par la tradition manuelle ou par l'endossement ne sont pas des combinaisons essentiellement commerciales. En second lieu, le fussent-elles, elles ne transformeraient point en société de commerce une société civile de sa nature.

Il est vrai que les titres au porteur, ou cessibles par un simple endossement, sont plus fréquemment employés dans les relations mercantiles que dans les transactions civiles. Mais il est incontestable qu'un billet à ordre souscrit par un non-commerçant, circule au moyen d'endos successifs, tout aussi bien que la lettre de change qui sort du portefeuille d'un banquier; et que, malgré ce mode de transmission, il conserve son caractère de billet purement civil. (1)

Egalement, aucun texte, aucun argument juridique n'établit que les titres au porteur soient, plus que les effets à ordre, ou transmissibles par endossement, essentiellement commerciaux. (2)

(1) *Voy.* Dictionnaire du contentieux commercial, par MM. Devilleneuve et Massé, aux mots *Actes de commerce*, n° 134; *Billet en général*, n°s 8, 15 et suiv.; *Billet à ordre*, n° 9 et suiv.

(2) Voici comment s'expriment les auteurs cités dans la note précédente, au mot *Billet au porteur*. « Les billets au porteur constituent

Ainsi, loin de dire qu'une société devient commerciale, par cela seul que les parts d'intérêts sont représentées par des actions à ordre ou au porteur, il faut reconnaître que ces actions ne sont elles-mêmes des titres commerciaux, qu'autant que la société a pour objet des affaires de commerce.

N'en fût-il pas ainsi, fallût-il considérer la forme des titres comme déterminant leur caractère, on n'en devrait rien conclure quant au caractère de l'association.

On divise le fonds social en actions à ordre, ou au porteur, pour offrir aux capitalistes, outre les avantages que présente l'affaire en elle-même, celui de pouvoir négocier facilement, rapidement et sans frais, leurs droits dans la société. Quand les sommes nécessaires sont réunies, la combinaison, qu'on voudrait faire réputer commerciale, est accomplie. Pourquoi exercerait-elle une

---

leurs signataires *commerçans* à la juridiction commerciale et à la contrainte par corps, *toutes les fois qu'ils ont pour cause un acte de commerce*. Déclaration du 21 janvier 1721; argum. de l'art. 631, Cod. comm. Locré, sur l'article 188 Cod. comm. . . . .

Observons en terminant qu'il n'y a aucun doute à élever sur la légalité des billets au porteur, encore bien que le Code de commerce n'en ait pas fait une mention spéciale. La déclaration de 1721 qui permet l'émission de billets au porteur n'est point abrogée. La loi du 25 thermidor an III, en autorise la circulation et cette dernière loi se trouve confirmée par celle du 15 germinal an VI qui, dans l'article 1er du titre 2, soumet à la contrainte par corps les signataires de billets au porteur, *si ces billets constituent un acte de commerce*. *Voy.* aussi loi du 8 novembre 1792; arrêt de la Cour de cassation du 10 novembre 1829; Sirey-Devilleneuve, 30. 1. 34; Dalloz, 29. 1. 385; arrêt de la Cour de Nîmes, du 23 mars 1830, Sirey-Devilleneuve, 31. 2. 264.

influence sur les opérations sociales? Celles-ci ne sont-elles pas complètement indépendantes du moyen qui a été mis en œuvre pour attirer vers elle les capitaux? L'exploitation d'un fonds de terre, acte étranger au commerce, serait-il donc commercial, parce que l'argent indispensable à cette exploitation aurait été obtenu à l'aide de procédés commerciaux? Evidemment non. Tout au plus, pourrait-on admettre que ceux qui se seraient unis dans l'emploi de ces procédés, auraient fait entre eux une première association commerciale, pour parvenir à fonder une société civile. C'est ce que décide un arrêt de la Cour de cassation du 30 avril 1828. (1)

Il est vrai que, pendant toute la durée de la société, les titres circuleront au moyen d'endossemens ou se transmettront de la main à la main; mais ces transmissions, quelle que soit la qualification qu'on leur donne, seront personnelles aux associés, et complètement étrangères à la société. Il est donc impossible que sa nature en soit affectée.

J'ai été appelé avec plusieurs de mes confrères (2) à examiner précisément la question que je viens de traiter. On nous demandait si une société formée pour l'exploitation d'une mine pouvait être réputée commerciale, parce que le fonds

---

(1) Sirey, 28. 1. 418. En lisant les considérans de l'arrêt de la Cour royale et de l'arrêt de la Cour de cassation, on acquiert la conviction, que ni l'un ni l'autre n'a entendu admettre qu'en thèse générale, la création d'actions rend nécessairement commerciale une société formée pour une opération civile.

(2) MM. Hennequin, Crémieux, Horson, Scribe et Jugeau.

social était divisé en actions. Après une délibération qui a occupé plusieurs séances (1), nous avons répondu négativement. Il est vrai que la législation spéciale sur les mines fournissait une raison toute particulière de décider; car elle dispose, au moins implicitement, qu'une société, même par actions, est civile, lorsqu'elle a pour objet l'exploitation des mines. Mais nous avons posé le principe général que c'est l'objet d'une société et non sa forme qui lui donne le caractère de société de commerce. (2)

Si la jurisprudence présente encore quelque incertitude, sa tendance est évidemment favorable à l'opinion que j'ai émise. (3)

486. La division du capital social en actions au porteur, ou transmissibles par voie d'endosse-

(1) Les 5, 10, 16 et 22 juillet 1837.

(2) Voici comment ce principe a été formulé par M. Philippe Dupin, dans une adhésion séparée. « Il est établi que l'exploitation des mines ne constitue nullement une opération commerciale. Cela posé, il n'apparaît pas que la forme de la commandite adoptée pour la réunion des capitaux destinés à cette exploitation puisse imprimer à l'opération un caractère commercial qu'elle n'a point par elle-même. C'est la nature même de l'opération qu'il faut apprécier. Si elle était commerciale, elle resterait telle, quel que soit le mode adopté pour sa mise en action. Ne l'étant pas, elle demeure opération civile, quels que soient le nom qu'on lui donne et la forme dont on la revet. »

(3) *Voy.* arrêts de la Cour de cassation du 23 août 1820; Sirey, 21. 1. 372; du 7 février 1826; Sirey, 27. 1. 137; de la Cour royale de Paris, du 11 décembre 1830; Sirey-Devilleneuve, 31. 2. 282; de la Cour de cassation; du 15 avril 1834; Sirey-Devilleneuve, 34. 1. 650; Dalloz, 34. 1. 195; de la Cour de Rennes, du 13 juin 1833; Sirey-Devilleneuve, 34. 2. 122; arrêt du Conseil du 7 juin 1836; Recueil de Macarel, année, 1836, page 264. *Voy.* en sens contraire, arrêt de la Cour de Bordeaux, du 22 juin 1833; Sirey-Devilleneuve, 33. 2. 547.

ment, n'a lieu ordinairement que dans des sociétés nombreuses et qui sont environnées d'une grande publicité. D'où il résulte, d'une part, que chaque porteur d'actions n'est point tenu au-delà de sa mise, même relativement aux tiers; de l'autre, que la mort d'un ou de plusieurs actionnaires ne met point fin à la société. Sous ce double rapport, les règles du droit commun sont modifiées par la forme de la société.

DES TITRES ET CHAPITRES.

SUITE DU LIVRE TROISIÈME.

TITRE IX.

Du Contrat de Société.

SECTION II.

CHAPITRE III.

SECTION PREMIÈRE.

SECTION II.

CHAPITRE IV.

SECTION PREMIÈRE.

SECTION II.

CHAPITRE V.

FIN DE LA TABLE.

ERRATA.

Page 91, lignes 22 et 23, au lieu de *puissance publique Les charges*, lisez : *puissance publique. Les charges.*

Page 117, ligne 5 de la note, au lieu de *Sirey*, 2. 1. 10, lisez : Sirey, 2. 1. 11.

Page 155, ligne 8, au lieu de l'*art.* 187, lisez : l'*art.* 1837.
Ligne 23, au lieu de *qui procure*, lisez : *qui le procure.*

Page 192, lignes 4 et 5, au lieu de *mais ne peut même*, lisez : *mais on ne peut même.*

Page 272, ligne 3 de la note, au lieu de *silicet*, lisez : *scilicet.*

Page 331, ligne 22, au lieu de 30, lisez : 300.

Page 334, ligne 11, au lieu de 34, lisez : 346.

Page 335, ligne 4, au lieu de *articles* 1860 *et* 18, lisez : *articles* 1860 *et* 1861.

Page 385, ligne 7, au lieu de, *consacré à de la société*, lisez : *consacré à la société.*

Page 387, ligne 21, au lieu de, *activité ou intelligence*, lisez : *activité ou une intelligence.*

Page 396, 5e alinéa, au lieu de *Il y a plus*, lisez : *S'il y a plus.*

Page 448, lignes 12 et 13, au lieu de *envers le tiers*, lisez : *envers les tiers.*

Page 487, ligne 13, au lieu de *benefices*, lisez : *bénéfices.*


COLL. REG. OXON.
BIBL.


COLL. REG. OXON.
BIBL.





